

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

THAISA CHAVES HAHNEMANN

**ASPECTOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA PARCEIRIA
HOMOAFETIVA**

CURITIBA

2012

THAISA CHAVES HAHNEMANN

**ASPECTOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA PARCEIRIA
HOMOAfetiva**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção de Graduação no Curso de
Direito, da Faculdade de Direito, Setor de
ciências jurídicas da Universidade Federal
do Paraná.

Orientador (a): **Profa. Ana Carla
Harmatiuk Matos**

CURITIBA

2012

À minha família, a quem devo toda a minha essência, pessoas que são base do meu ser e que com todo amor e dedicação construíram meu caráter, me apoiaram, sofreram, torceram por mim e possibilitaram qualquer obtenção de sucesso.

Ao meu amor, Pedro, que com paciência e carinho me ajudou sempre, tornando os dias da minha jornada mais leves e alegres. Seu orgulho e incentivo me impulsionam cada vez mais. Obrigada por compartilhar as vitórias comigo.

O amor que sinto por vocês é imensurável.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer à minha orientadora Prof.^a Ana Carla Harmatiuk Matos, que é o exemplo de equilíbrio entre dedicação “materna” e incentivo para que caminhasse com minhas próprias pernas. Desde o primeiro ano na Faculdade de Direito, a minha admiração só tem aumentado, tanto pela pessoa quanto pela profissional Ana Carla, que me abriu os olhos, em suas aulas, para a minha primeira “questão jurídica”, um divisor de águas na minha vida pessoal. Obrigada por ter construído em mim uma visão mais bonita do Direito. Ter tido aula no primeiro e no último ano com a senhora foi uma dádiva. Muito obrigada pelo apoio e confiança. Sua ajuda foi essencial na elaboração deste trabalho.

Gostaria de agradecer aos integrantes da banca, Prof.^a Maria Cândida Kroetz e Prof. Marcos Alves. Fico honrada de tê-los participando de um momento tão importante na minha vida acadêmica. Muito obrigada por aceitarem tão prontamente o convite para a banca de defesa desta monografia.

Um agradecimento especial eu devo às minhas amigas Maria Luiza, Luana e Sara, que tornaram essa jornada tão mais fácil. Meninas, sem vocês não sei o que teria sido de mim nesta faculdade. Obrigada por todo apoio nos estudos, nas provas, na monografia, nos assuntos pessoais e por estarem ao meu lado em todos os momentos, sejam eles felizes ou não. Nossa amizade foi uma das coisas mais importantes que esses cinco anos me trouxeram e eu sei que é pra sempre.

Sara, obrigada pelo abrigo dado por seis meses na sua casa. Eu sei que não é fácil me aguentar e você continuou sendo prestativa e carinhosa em todas as situações. Obrigada por compartilhar ideias, sentimentos e opiniões desde o primeiro ano comigo. Você vai morar pra sempre no meu coração.

Luana, obrigada por ser você. Obrigada por morar na Fazenda, por comer risóles de camarão às 9h da manhã, por imitar os professores como ninguém, por dançar funk e amar tirar fotos. Você é leal, honesta, divertida e eu amo a sua companhia. Obrigada por ter mudado de turma no primeiro ano e ter me dado o prazer e honra da sua amizade. Nós somos muito parecidas, somos as mais perdidas e mesmo que um dia eu vá morar em Jacupiranga e você continue na Fazenda, vou fazer questão de te ter na minha vida.

Malu, obrigada por ter me acrescentado tanto nesses cinco anos. Nossa amizade foi se intensificando com o passar do tempo e agora não me imagino sem você. Obrigada por ter decidido o mesmo futuro que eu, por não me deixar desistir, apesar de você também querer, por sempre ir comigo à coordenação e por mostrar ao Pedro que alguém fala mais do que eu. Você é incrivelmente inteligente, simpática e linda e me ajudou muito com conselhos sábios e racionais. Obrigada por estar sempre lá por mim e saiba que sempre estarei lá por você, também. Te amo amiga.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	6
INTRODUÇÃO.....	7
1 O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA...	11
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO E ALGUNS PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS.....	11
1.2 A INFLUÊNCIA HISTÓRICA DA IGREJA CATÓLICA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO E A ATUAL INTERFERÊNCIA DA BANCADA EVANGÉLICA NO CONGRESSO NACIONAL.....	18
1.3 RELATOS HISTÓRICOS SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA..	23
2 ASPECTOS TÉCNICO-CIENTÍFICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	26
2.1 A NOVA RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E SUA NATUREZA JURÍDICA.....	26
2.2 A ESCOLHA DE CRITÉRIOS NO USO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	29
3 AS PROBLEMÁTICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	35
3.1 A GESTAÇÃO <i>POR OUTREM</i>	35
3.2 DIREITO AO NOME.....	39
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50
ANEXOS.....	55

RESUMO

Os métodos artificiais de procriação têm sido buscados e aperfeiçoados pela humanidade ao longo do tempo devido ao forte desejo inerente ao ser humano de perpetuação da espécie. Traduzindo para o cenário atual, teríamos o sonho da concepção de filhos e da formação de uma família. Na esfera jurídica, a recente decisão do STF, que equiparou as uniões homoafetivas às demais entidades familiares reconhecidas, fez com que surgissem dúvidas a respeito da extensão de outros direitos conexos aos casais homossexuais, incluindo o direito à utilização das referidas técnicas de Reprodução Humana Assistida. A Resolução nº 1957/2010 é, atualmente, a única normatização em vigor a respeito do tema e por sua natureza jurídica de ato normativo não preenche toda a necessidade de regulamentação que a realidade tem demandado. Uma reflexão profunda acerca dos desdobramentos e aspectos da Reprodução Humana Assistida para parceiros homoafetivos é de fundamental importância para a sociedade brasileira.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Parceria homoafetiva. Resolução do Conselho Federal de Medicina.

ABSTRACT

The methods of artificial procreation have been searched and perfected by mankind over time due to the strong and inherent human desire to perpetuate the species. Translating for the current scenario, we would have the dream of having children and become a family. In the legal sphere, the recent Supreme Court decision, which equated same-sex unions to other recognized family entities, has spurred doubts about the extent of other rights related to homosexual couples, including the right to use the techniques of Assisted Human Reproduction. The Resolution 1957/2010 is currently the only regulation about the subject and, because it is just a normative act, does not fulfill all the need for regulations that reality has demanded. A deep reflection about the ramifications and aspects of the Assisted Human Reproduction for homosexual partners is essential for Brazilian society.

Keywords: Assisted Human Reproduction. Same-sex Relationship. Resolution of the Federal Council of Medicine.

INTRODUÇÃO

A decisão do Supremo Tribunal Federal, de 14 de outubro de 2011, que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, trouxe à tona reflexões acerca dos direitos decorrentes desse fato e que ainda geram interpretações diversas. Nem todos os direitos garantidos a casais heterossexuais têm sido pacificamente tutelados quando se trata de famílias formadas por casais do mesmo sexo. Direitos humanos e fundamentais, que visam proporcionar o bem-estar social e individual, têm sido mitigados em face da orientação sexual do cidadão.

A adoção, os direitos sucessórios, os direitos previdenciários, a conversão de união estável em casamento, são assuntos que não geram controvérsia quando as partes envolvidas são heterossexuais. É legítima a divergência tão grande referente a esses temas no caso de os sujeitos serem homossexuais? Estamos falando de direitos essenciais das famílias e que, mesmo após a consolidação da união homoafetiva como entidade familiar pelo STF, ainda são matérias que ensejam interpretações destoantes no judiciário brasileiro.

Um exemplo é a Reprodução Humana Assistida, que é amplamente procurada por casais inférteis, que desejam utilizar as técnicas artificiais para conceber um filho biológico ou para acompanhar todo o processo de desenvolvimento da criança desde a concepção. Reprodução Humana Assistida é um termo médico que indica o conjunto heterogêneo de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana no campo da concepção, no caso de esterilidade feminina e/ou masculina¹.

Os métodos de reprodução artificial mais utilizados são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. A primeira pode ser definida como “(...) a técnica científica mais antiga e consiste, basicamente, na introdução do espermatozoide na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o

¹ ROTANIA, Alejandra Ana. **Dossiê Reprodução Humana Assistida**. Fonte: Rede Feminista de saúde. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/portal/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>>. Acesso em: 27/09/2012.

óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado”. Já a fertilização *in vitro* (FIV), “(...) consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio”.²

Qualquer das técnicas citadas pode ser homóloga, quando o material genético utilizado é das próprias partes do processo de reprodução, ou heteróloga, quando é utilizado material genético de terceiro doador. A gestação por substituição é ainda mais uma medida a que se pode recorrer em uma reprodução humana assistida.

Os princípios envolvidos na esfera da utilização das referidas técnicas são o da liberdade, do livre planejamento familiar, da intimidade, dentre outros. Estariam sendo atendidos tais princípios, além da própria dignidade da pessoa humana, ao vedarem a utilização de tais métodos baseando-se na orientação sexual dos pretendentes a pais? Alguns poderiam suscitar o melhor interesse da criança, contudo, tal princípio é alcançado quando estão presentes outros elementos, como afeto, um lar estável, uma boa educação, alimentação, convívio social, e assim por diante. Uma possível avaliação psicológica e social dos pais pode ser aceitável, assim como ocorre no processo de adoção, entretanto, deve ser aplicada a todos, independente de se tratarem de casais hetero ou homoafetivos, pessoas solteiras ou integrantes de outro tipo de núcleo familiar.

A questão da Reprodução Humana Assistida está mais em voga ainda após a publicação da Nova Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1957/2010, que abre possibilidade de adoção das técnicas reprodutivas para todas as pessoas capazes, incluindo-se pessoas solteiras e casais homoafetivos. Porém, trata-se de uma norma administrativa, apenas, o que gera dúvidas a respeito de sua legitimidade para aplicação *erga omnes*, visto que não passou pelo devido processo legislativo. Contudo, é a única norma em vigor atualmente, sobre o assunto, no ordenamento jurídico brasileiro, o que faz com que seu uso venha se disseminando para fundamentar decisões em nosso país.

² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.18.

Em face da lacuna legislativa e das insistentes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pretendeu-se nesse trabalho construir uma análise, na medida do possível, um pouco mais aprofundada, dos aspectos da Reprodução Humana Assistida para parceiros homoafetivos, que incitasse um reflexo acerca da matéria, além de tentar possibilitar uma construção argumentativa mais sólida para o assunto.

Assim, no primeiro capítulo, serão apresentadas noções mais contextuais que nos permitam entender o atual cenário jurídico brasileiro e sua relação com a garantia de direitos aos homoafetivos, bem como o encaixe da Reprodução Assistida nesse encadeamento.

Será feita a ligação entre o Novo Direito de Família e a Reprodução Humana Assistida e algumas notícias de relatos históricos referentes aos dois objetos. É aqui que serão discutidos e apresentados os principais princípios envolvidos no tema.

A influência religiosa, principalmente católica, no campo jurídico e social sempre foi muito presente em nosso país. Ainda hoje temos uma grande interferência de uma bancada religiosa evangélica no Congresso Nacional Brasileiro. Portanto, tratar-se-á, também, dos efeitos e consequências de tal domínio.

No capítulo 2, o aspecto técnico-científico da Reprodução Humana Assistida ganha importância. Será analisada a nova Resolução do Conselho Federal de Medicina, indagando-se sobre a natureza jurídica de suas normas e sua possível aplicação para todos os cidadãos brasileiros, com foco no seu cabimento aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. O último item desse capítulo é referente à cautela que se deve ter quando da utilização dos métodos artificiais de reprodução. Serão examinados os critérios presentes na Resolução nº 1957/2010, os quais devem ser observados por todos indistintamente.

As problemáticas particulares da Reprodução Humana Assistida na parceria homoafetiva são expostas no terceiro capítulo. Devido à delimitação de espaço e complexidade das questões aqui debatidas, foram escolhidos dois principais dilemas para serem explanados. São eles a gestação por outrem, ou cessão gratuita de útero, necessária para parceiros masculinos, e possível para parceiras femininas, e

o direito ao nome, atinente ao direito de registrar a criança no nome de dois pais ou de duas mães.

1 O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO E ALGUNS PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS

É inegável que vivemos em um mundo dinâmico. A sociedade se encontra em constantes mutações e a humanidade vai se transformando, mesmo que de maneira nem um pouco linear, pois é pautada em progressos e regressos aleatórios.

Nessa seara, é notável e imprescindível o papel do Direito. Se, por um lado, percebemos que ele atende a uma demanda social, muitas vezes apenas regulamentando o que já existe na prática e agindo em diversas vezes de modo lento e retardado, temos, também, os casos em que o direito exerce função vanguardista e traz à tona discussões necessárias e polêmicas, que fazem suscitar na sociedade, a partir de um projeto de lei, a necessária atenção para determinado assunto. No momento em que um povo está sendo conservador e, por vezes, estanque em determinadas ordens “éticas e morais”, e o Direito dá um passo a frente, há receio, repulsa e protestos, contudo, isso abre as portas para os questionamentos e, aos poucos, a aceitação toma lugar na consciência popular. Desse modo, o Direito e a realidade trabalham juntos para que as demandas sejam atendidas e os costumes e regulamentações de um grupo não fiquem paralisados no tempo.

Analisando as principais transformações do Direito de Família, encontramos alguns exemplos do que foi exposto acima. Passamos por um fenômeno muito importante para o ordenamento jurídico brasileiro como um todo que é a constitucionalização ou descodificação do Direito Civil. Ocorre que não faz mais sentido a nítida separação entre Direito Público e Direito Privado, pois essas duas esferas estão cada vez mais interligadas. A Constituição de 1988 tratou de muitos assuntos da esfera particular e houve ainda uma grande tendência à criação de microsistemas, ou seja, legislações fora do Código que devem, junto com as leis codificadas, e as outras fontes do Direito Civil como doutrina, costumes, jurisprudência, ser lidas sob a luz do texto constitucional, que passa a ser o centro legislativo de nosso ordenamento jurídico.

No Direito de Família, mais especificamente, esse fenômeno desembocou no que podemos chamar de repersonalização do Direito de Família. O histórico, jurídico e cultural, dos modelos familiares no Brasil nos mostra o desenrolar desse fenômeno e explica o nascimento e/ou perpetuação de muitos preconceitos que, infelizmente, ainda não foram dizimados totalmente do inconsciente popular.

A família codificada pelo Código Civil de 1916 era uma família matrimonial, hierárquica, patriarcal, heterossexual, transpessoal e indissolúvel³. Nesse modelo clássico, vivia-se, primordialmente, em uma comunidade rural e o principal objetivo do núcleo familiar era o patrimônio, a produção. Com isso, o incentivo para uma grande quantidade de filhos era grande e a continuidade da família era imprescindível. Daí a condenação a casais homossexuais, visto que havia uma impossibilidade de procriação. Outro obstáculo encontrado por casais do mesmo sexo girava em torno do “mito da complementaridade”, que deriva da idéia de uma rigorosa divisão de papéis entre homem e mulher. Havia uma clara hierarquia entre as funções exercidas, o que caracterizava uma forte discriminação de gênero, pois a mulher era diminuída em todos os aspectos. O homem era visto como o chefe da família e a mulher, vista como inferior, dependia do poder do pai e depois do poder do marido para qualquer de suas decisões civis⁴.

Tendo em vista que, juridicamente falando, a organização social da época baseava-se no interesse patrimonial, o modelo de família foi restringido apenas àquele que seria ideal à continuidade do modo de produção rural. Portanto, o matrimônio foi consagrado como único ato legitimador da formação de um núcleo familiar, matrimônio esse heterossexual, com geração de filhos, patriarcal, hierarquizado e indissolúvel. Não se pensava na realização pessoal de cada indivíduo participante do grupo, pensava-se apenas no coletivo, na família como um todo, sendo, portanto, um modelo transpessoal.

Consequências desse modelo foram as classificações depreciativas para aquelas situações que fugiam do tradicional, porém, que sempre estiveram presentes na realidade social. Aqueles que não eram formalmente casados, ou que

³FISCHER, Carla Ferreira de Camargo. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Reprodução humana assistida e parceria homoafetiva. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.17, n. 1, p. 9-32, 2012.

⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

tinham algum impedimento para casar, eram concubinos, viviam em concubinato, que podia ser dividido em puro, impuro/adulterino ou incestuoso. Pior do que isso foi o sistema jurídico civil clássico ter fechado os olhos para os filhos havidos fora do casamento. Havia clara hierarquia entre filhos legítimos, ilegítimos e adotados. A discriminação em vista da origem do filho era altamente criticável e desprezível. A tutela para todas essas situações era inexistente.

Principalmente após a chegada ao Brasil dos efeitos da Revolução Industrial, importantes mudanças aconteceram na sociedade. A mulher começou a reivindicar seu espaço, a relação entre Estado e Igreja passou a não ser mais tão íntima e os padrões de moralidade começaram a mudar. Mesmo com obstáculos e contestações iniciais, bem como tentativas de impedimento, inclusive por parte da Igreja, várias conquistas foram sendo realizadas e aos poucos aceitas pela comunidade, vencendo até mesmo o preconceito que rondava determinadas questões. Em 1947 foi apresentado um projeto de lei assegurando o direito de pensão à companheira, sendo aprovado cinco anos mais tarde. Em 1949, houve a aprovação de um projeto que possibilitava o reconhecimento de filhos fora do casamento⁵. Assuntos como o divórcio e o reconhecimento da união estável são mais alguns exemplos de vitórias que, mesmo já reconhecidas por lei específica, como a do divórcio (Lei nº 6515/77)⁶, depois, vieram a ser consolidadas, confirmadas pela Carta Constitucional de 1988.

Como já explanado, a promulgação da Constituição deu início a um novo paradigma do Direito Brasileiro. Iniciou-se o movimento de Constitucionalização do Direito Civil, e a Repersonalização do Direito de família. O objetivo da família passa a ser a realização pessoal dos indivíduos participantes, passa-se de um modelo transpessoal a um modelo individualizado, no melhor sentido do termo, já que significa que a pessoa é colocada no centro das atenções. O cerne do núcleo familiar torna-se o afeto e o foco do ordenamento jurídico é voltado para uma visão mais humanista e preocupada com a tutela da dignidade da pessoa humana⁷. Surge então, o princípio da pluralidade de entidades familiares. A família deixa de ser

⁵ PIPINO, João Carlos. **Igreja Católica: Tentativas para conter a aprovação da lei do divórcio no Brasil**. Disponível em: <<http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pdf/st11/Pipino,%20Joao%20Carlos.pdf>>. Acesso em 28/11/2012.

⁶ BRASIL. Lei nº 6515 de 26 de dezembro de 1977. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 de dezembro de 1977.

⁷ FISCHER, Carla Ferreira de Camargo. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Reprodução humana assistida e parceria homoafetiva. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.17, n. 1, p. 9-32, 2012.

aquela derivada do matrimônio e passa a ser qualquer grupo de pessoas que preencham os requisitos da afetividade (objetivo de constituir família), estabilidade e ostensibilidade. As novas formas de convívio são reconhecidas como meios de se chegar à felicidade com a devida liberdade tutelada, ou seja, não importa o modelo da família, o que importa é o sucesso na busca pela realização pessoal conseguida nesse meio.

A partir daí, passamos a enfrentar avanços, mas também retrocessos, no que concerne ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como núcleo familiar, bem como dos direitos derivados disso, como a possibilidade de adoção, direitos previdenciários e sucessórios, possibilidade de conversão em casamento, direito ao nome, dentre outros.

Primeiramente, a união homoafetiva era tratada como sociedade de fato, o que resolvia alguns problemas patrimoniais, porém, não lhe dava o status de família, o que ceifava a tutela jurídica para questões pessoais. Contudo, em recente decisão do STF⁸, foi-se equiparada a união homossexual a qualquer união estável heterossexual, ou seja, foi reconhecida como entidade familiar.

Apesar desse avanço, os inúmeros efeitos decorrentes desse reconhecimento permanecem gerando controvérsias que necessitam de apreciação pelo judiciário, que tem agido ativamente na falta de legislação adequada. Um desses efeitos é o objeto de estudo desse trabalho, a possibilidade de utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida por casais homoafetivos. As consequências relacionadas ao assunto serão também analisadas no presente desenvolvimento, que, no entanto, não dará conta de todos os desdobramentos que podem surgir do referido acórdão. Pretende-se, apenas, mostrar que a partir do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como sendo família, esta merece ter tutelados

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. (...) Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental nº 132. Governado do Estado do Rio de Janeiro. Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Tribunais de Justiça dos Estados. Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje nº 198. Publicação em 14 de outubro de 2011.

os mesmos direitos de qualquer outra entidade familiar e a RHA é um deles. As questões analisadas serão atinentes somente à reprodução artificial, limitando-se às mais relevantes, tendo em vista a complexidade da matéria.

Cabe ressaltar que, se antes o argumento para o não reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo era a impossibilidade de procriação, tornaria-se mais incoerente ainda tal raciocínio após o desenvolvimento das técnicas médico-científicas com relação a métodos artificiais de reprodução humana. Além disso, não faria sentido também se comparássemos com outras formas de família que, embora heterossexuais, não têm possibilidade ou intenção de reprodução. O atual objetivo familiar é o afeto e a realização pessoal, com filhos ou não. Não há justificativa para o não-reconhecimento pelo Direito. A formação de entidades familiares não prescinde de filhos, assim como a criação de filhos não prescinde de um núcleo familiar formal⁹.

A nossa própria Carta Constitucional embasa tal raciocínio quando, em seu artigo 226 § 7º, reconhece o direito ao planejamento familiar. Frise-se a explícita menção à autonomia do casal nesse planejamento, cabendo ao Estado propiciar os recursos necessários ao exercício desse direito. Ou seja, é de livre escolha do casal a concepção de filhos ou não, a quantidade de filhos, bem como a diferença de idade entre os possíveis filhos. A titularidade dos direitos reprodutivos seria exclusiva dos cônjuges ou companheiros. É mister lembrar que o texto da Constituição relaciona tal previsão legal com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, alegando que a concretização dos referidos direitos seria o caminho para a realização do bem-estar social decorrente de um bom desenvolvimento familiar¹⁰.

Ao entrar no tema dos princípios constitucionais, percebemos que a dignidade da pessoa humana é sempre o mais utilizado. Devido à sua amplitude, devemos tomar o cuidado de não transformá-lo em um conceito vago ou um “lugar-comum” do direito, o que não corresponde à sua importância. O que é fato, é que tal princípio fundamenta nosso ordenamento jurídico e confere unidade ao sistema, sendo,

⁹MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 33.

¹⁰ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.13.

portanto, de indiscutível importância, como confirma o conceito desse princípio proposto por Ingo Wolfgang Sarlet:

É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹

Há inúmeros desdobramentos e diferentes interpretações abrangidas pelo conceito de dignidade e, nesse sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

Os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direitos fundamentais consubstanciadores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e a proibição a qualquer forma de discriminação impõem limites bastante demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do ilícito, e que, merece, por todas essas razões, proteção jurídica concreta e eficaz.¹²

Podemos dizer, portanto, que uma interpretação sistemática dos princípios da Constituição nos leva certamente a uma forte construção jurídica fundamentadora dos direitos dos casais homoafetivos em todas as suas facetas. Logo, cabe lembrar que há um conteúdo normativo a ser considerado, não bastando o aspecto negativo, como a não-discriminação, para a concretização da dignidade. Sua realização depende de um aspecto positivo, ou seja, ações ativas do Estado que possibilitem o alcance do princípio por toda pessoa humana¹³.

Outro princípio que merece atenção para seu aspecto positivo é o da intimidade. A simples não repressão das manifestações da intimidade não são suficientes para encerrá-la. É preciso que as escolhas íntimas minoritárias não sejam “excluídas tacitamente” do seio social, não obtendo a devida tutela do Estado concedida às demais que se encaixam no padrão majoritário¹⁴.

¹¹SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.60.

¹²MORAES, Maria Celina Bodin de. *Apud* MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.149.

¹³MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.153.

¹⁴MATOS, A.C. Idem, p. 166.

Derivando do que foi dito até agora podemos citar, ainda, os princípios da igualdade e da liberdade. A igualdade é um conceito extremamente amplo e muito discutido já no âmbito jurídico. Faz-se essencial, diante da questão neste trabalho abordada, afirmar que todo o tratamento jurídico recebido por casais heterossexuais deve ser dado aos casais homossexuais. Nossa Constituição veda qualquer tipo de discriminação, devendo haver igualdade formal na legislação aplicada, independente de orientação sexual. A igualdade material pode exigir algum diferencial, devendo as diferenças ser tratadas na medida de sua desigualdade para a obtenção de uma sociedade mais harmônica, evitando-se sempre a categorização ou qualquer tipo de generalização por grupos.

A liberdade, por sua vez, diz respeito ao direito de expressão de sua personalidade, inerente a cada indivíduo. Impor modelos padrões de vida às pessoas é degradante e desumano. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, “Interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumentos de expropriação da cidadania.”¹⁵

De acordo com Maria Berenice Dias, “Inquestionável é a característica pessoal (...). A valorização da dignidade da pessoa humana (...) não pode chancelar qualquer discriminação baseada em características individuais. Repelindo-se qualquer restrição à liberdade sexual, não se pode admitir tratamento desigualitário em função da orientação sexual.”¹⁶

O cidadão brasileiro, não importando a sua orientação sexual, é portador da liberdade para exercer a sua autonomia. Deve ser permitido a expressar seus desejos íntimos, seus afetos, escolher seu modo de vida, seu modelo de família, planejar uma possível procriação e tudo isso com a tutela do Estado em perspectiva negativa e, também, positiva, necessária, por exemplo, na Reprodução humana assistida de pares do mesmo sexo.

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Unões de pessoas do mesmo sexo** – reflexões éticas e jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre: Síntese, v. 31, 1999. (Coleção Acadêmica de Direito, v. 12). p.17.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Apud* MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.178.

1.2 A INFLUÊNCIA HISTÓRICA DA IGREJA CATÓLICA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO E A ATUAL INTERFERÊNCIA DA BANCADA EVANGÉLICA NO CONGRESSO NACIONAL

Não versam dúvidas a respeito da forte influência que as religiões sempre exerceram sobre a humanidade. O próprio Direito Civil Ocidental tem suas raízes sedimentadas no Direito canônico e nos Direitos Romano e Germânico. O Direito consuetudinário da Idade Média é origem direta do nosso Direito atual. Nossa colonização se deu pelo país europeu mais católico da época, Portugal. Portanto, é ululante dizer que até hoje carregamos uma moral religiosa que permeia, também, o nosso ordenamento jurídico bem como os costumes sociais. Como referido por Ulpiano, em *Corpus Iuris Civilis*, “*ubi societas, ibi jus*”, ou seja, onde está a sociedade está o Direito e, por sociedade, entendemos como abrangida a religião.

Ao falarmos na influência religiosa, estaremos falando, primordialmente, do catolicismo, visto que foi a religião que mais esteve presente nos aspectos que se interligaram de alguma forma ao nosso país e é, também, a religião predominante no Brasil.

Faz-se fundamental ressaltar que não se pretende, no presente trabalho, abordar questões religiosas em si, bem como polêmicas envolvendo dogmas e crenças. Estaremos restritos aos fatos que envolvem religião e acabam por intervir no ordenamento brasileiro.

A primeira Constituição brasileira instituiu uma religião oficial, o catolicismo. Contudo, em 1891, nossa primeira Constituição Republicana separou Estado e religião, fazendo do Brasil, assim, um Estado laico. Pelo menos na teoria. Digo na teoria porque tal laicidade não foi completamente alcançada até hoje. Nossa atual Carta Magna faz menção, em seu preâmbulo, a Deus, o que pressupõe uma crença e, além disso, a um Deus único ou, pelo menos, algo maior que dê sentido à vida. Nossa legislação civil ainda prevê a modalidade de “casamento religioso com efeito civil”, o que não é típico de um Estado totalmente laico.

Ao lado das questões mais técnicas, temos uma bancada religiosa em nosso Congresso Nacional que insiste em interferir no processo legislativo brasileiro de acordo com seus ideais religiosos, o que viola absurdamente a laicidade, pois acaba

por impor valores religiosos de um grupo a toda uma população, a qual não, necessariamente, comunga da mesma crença e que abrange uma diversidade cultural religiosa incrível, incluindo aqueles que não têm qualquer religião ou nem mesmo acredita em nada transcendental.

Um dos principais motivos para a marginalidade imposta ao concubinato em nosso país por tanto tempo, para o não reconhecimento de filhos “ilegítimos”, para a impossibilidade do divórcio até 1977, para a falta de legalização dos direitos dos homoafetivos, dentre outros impasses já enfrentados pela esfera jurídica na história do Brasil, foram os religiosos.

O Direito é composto de normas que devem valer para todos independente de credo, cor ou sexo. Já dogmas religiosos são destinados ao grupo que pertence à determinada Igreja ou determinado templo religioso. Devido a essa diferenciação, não podemos admitir a mistura desses dois institutos. Como implementar a todos, regras que só fazem sentido para quem tem fé em determinada ideologia? Se há norma jurídica consolidada permitindo o aborto, por exemplo, não há que se criar polêmica porque certa religião não permite, pois parece claro que é só os seguidores de tal doutrina não praticarem o ato abortivo. A ordem religiosa não precisa proibir que outros sejam autorizados a fazê-lo. Aquele que é agnóstico ou ateu necessita ter seu direito de escolha tutelado por um Estado laico que não baseia decisões em uma ordem na qual seu povo pode não acreditar ou não querer ter sua vida orientada por ela.

A liberdade religiosa pressupõe um Estado laico, pois a partir do momento em que o Estado adota determinada ordem religiosa, as outras, ou a falta de uma, são máxima ou minimamente suprimidas.

Entretanto, apesar dos questionamentos que a laicidade de nosso Estado gera, o que tem causado maiores problemas práticos atualmente é a bancada religiosa evangélica do Congresso Nacional. Lá, fazem oposição a projetos de lei, assim como criam seus próprios projetos baseados única e exclusivamente em sua fé religiosa que eles chamam de “ética e moral da família brasileira”.

Podemos citar, como exemplo recente, o caso da lei anti-homofobia. O projeto acabou sendo retirado sem previsão de volta por motivos diversos, incluindo

possíveis alegações de inconstitucionalidades, contudo, são inegáveis os obstáculos impostos pela bancada religiosa do Congresso.

“A pressão da bancada evangélica impediu a votação do projeto de lei complementar 122/06, que criminaliza os atos de homofobia. Ele seria votado nesta quinta-feira na Comissão de Direitos Humanos do Senado. Em uma sessão que ao final contou com troca de xingamentos e ofensas entre o deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ) e a senadora Marinor Brito (PSOL-PA), o projeto foi retirado de pauta sem previsão de retorno.”¹⁷

Um exemplo um pouco mais antigo, mas extremamente conveniente, é o da lei do divórcio. Os argumentos e dificuldades pelas quais os envolvidos passaram, na época, se assemelham muito à atual situação dos homoafetivos no Brasil. O casamento, visto como indissolúvel pela Igreja, acabava por ter a mesma qualidade na esfera jurídica civil. Mesmo após a separação entre Estado e Igreja, o divórcio continuava não quebrando o vínculo matrimonial, o que havia era apenas a separação de corpos e a dissolução do regime de bens. O Código Civil de 1916 alterou a denominação para desquite, pois a palavra divórcio era carregada de conotação negativa, porém, o conteúdo da matéria era o mesmo, o vínculo conjugal continuava intacto. Com a Constituição de 1934, a indissolubilidade do casamento passou a ser disciplina constitucional, o que impossibilitava que o divórcio fosse concebido por lei ordinária, como já ocorria em outros países.

As principais alegações dos não-divorcistas eram de que haveria o enfraquecimento da família brasileira, que seria o “fim da família brasileira”, além de contar com a consciência religiosa de que o matrimônio era um sacramento indissolúvel.

Os debates foram intensos até se chegar à Emenda Constitucional nº 09/1977, que ainda instituía um sistema dualista de prévia separação judicial para posterior divórcio. Tal emenda foi matriz fundamental para a criação da Lei 6515/77¹⁸, a chamada lei do divórcio. A objeção dos grupos católicos foi tanta que

¹⁷CRECCHI, Marcos. **Sessão para votar projeto contra homofobia termina em troca de ofensas no Senado**. Disponível em: <<http://aigrejaagostodofregues.blogspot.com.br/2011/05/bancada-evangelica-protestou-contra-o.html>>. Acesso em 28/10/2012.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 de dezembro de 1977.

houve vigília em frente ao Congresso Nacional na data da votação da lei para que esta não fosse aprovada.

Foi só com a Constituição de 1988¹⁹ que a regulamentação do divórcio deixou de ter limitações numéricas (quantitativas), no entanto, ainda era necessário o processo de separação judicial para posterior divórcio. O Código Civil de 2002²⁰ acatou na integralidade o disposto na Carta Maior a respeito da matéria de dissolução do casamento. Em 2007, a lei 11.441²¹ inaugurou facilidades para o divórcio instituindo a extrajudicialidade com o divórcio cartorário, desde que consensual e preenchendo os devidos requisitos. Mas a maior mudança foi alcançada com a EC nº 66/2010²², que eliminou burocracias e possibilitou o divórcio imediato, sem prazos e sem limitações.

No campo mais pessoal, é importante ressaltar que os medos e as afirmações dos grupos religiosos quanto ao “fim da família brasileira” não se concretizaram. As famílias, inclusive, fortaleceram-se. Nas palavras de Dimas Messias de Carvalho: “O divórcio trouxe ainda a possibilidade da busca de felicidade no casamento, especialmente quanto à mulher, que não mais se via obrigada a carregar a eterna pecha preconceituosa de desquitada caso separasse do marido, obrigando-a a viver um casamento infeliz. Com o divórcio a mulher poderia casar-se novamente e reconstruir sua família.”²³

Socialmente é, também, complicada a mudança de um paradigma. As primeiras mulheres divorciadas sofreram bastante preconceito da comunidade e enfrentaram muitas dificuldades na criação de filhos, inserção no mercado de trabalho, nas relações familiares, etc. Os próprios filhos de pais separados acabaram sendo alvo de discriminações por parte das outras crianças. Contudo, a busca pela felicidade e realização pessoal é inerente ao ser humano e é isso que impulsiona as

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁰ BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. 53.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

²¹ BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de janeiro de 2007.

²² BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010**. Brasília, DF, 14 de julho de 2010.

²³ CARVALHO, Dimas Messias de. **Caso Concreto: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento — Parecer do Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/675>>. Acesso em 28/10/2012. Acesso em 30/11/2012.

peessoas a lutarem contra as barreiras e levar em frente suas conquistas. Por que achar melhor que uma pessoa continue presa em um padrão social, mesmo sendo infeliz, a simplesmente aceitar as pessoas vivendo suas diferenças? Os passos dados são lentos, mas aos poucos a sociedade vai entendendo. Hoje em dia, uma mulher divorciada não encontra qualquer impasse. A ideologia é outra e a sociedade concorda que ambas as partes em um casamento podem querer mudar de vida.

Tal linha de raciocínio foi exposta pra que possamos transpor o processo encarado pelo divórcio para a atual situação da homoafetividade em nosso país. A não aceitação de uma orientação sexual diversa da heterossexualidade é herança religiosa, principalmente, do pensamento católico da era medieval. A pressão da bancada religiosa do Congresso, bem como dos grupos religiosos na sociedade, tem criado barreiras para uma melhor regulação dos direitos igualitários para casais homoafetivos, assim como criaram para o acolhimento do divórcio no ordenamento brasileiro, que incluiria na proteção estatal aqueles que foram obrigados a viver como concubinos, marginalizados, em uma realidade não tutelada pelo direito.

A decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar já foi um grande progresso. Contudo, a falta de legislação para os direitos decorrentes disso, ainda gera sentenças destoantes pelo país. A efetiva possibilidade de casamento civil, a adoção, a explícita regulamentação para Reprodução Humana Assistida, são lacunas que precisam ser preenchidas com a maior urgência, pois como afirmou o ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto, “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”.

O preconceito, social e religioso, ainda esta presente e afetarà a vida de muitas pessoas, contudo, uma transformação jurídica pode ser um primeiro passo para a mudança de mentalidade brasileira, fazendo com que, assim como no caso do divórcio, aos poucos, as pessoas compreendam que o que importa é a realização da felicidade pessoal de cada um.

Os primeiros bebês gerados por Reprodução Assistida foram encarados com receio. Os primeiros casais que se assumiram homoafetivos, também. As primeiras crianças adotadas por casais do mesmo sexo, infelizmente, também foram e ainda

são alvo de discriminação. Isso porque ainda estamos vivendo uma fase de transição. Todavia, com o tempo, tais fatos, admitidos pelo Direito, começam a se tornar comuns e a sociedade os incorpora como naturais. É inevitável esse período inicial de repulsa pelo diferente, isso porque fomos condicionados a pensar de uma forma padrão.

A possibilidade de casais homoafetivos concretizarem o sonho de gerar filhos por Reprodução Humana Assistida é mais um exemplo que seguirá as etapas supracitadas. Passa, atualmente, por lacuna legislativa, serão impostos obstáculos à sua regulamentação, porém terminará por ser acatada pelo ordenamento, visto que os argumentos contrários, religiosos ou não, não encontram qualquer respaldo jurídico ou mesmo lógico, como será demonstrado ao longo do trabalho. Os primeiros personagens sofrerão certo preconceito social, mas no fim, vislumbraremos apenas mais um grupo podendo ter seus direitos tutelados e sua liberdade e igualdade alcançadas assim como previsto em nossa Constituição.

1.3 RELATOS HISTÓRICOS SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A mitologia grega, os escritos religiosos, bem como os relatos históricos mais antigos, mostram-nos a importância que sempre teve a fertilidade para a humanidade. O “direito de procriar”, de ter herdeiros, sempre foi visto como fundamental, apesar de seu foco ter se transformado ao longo do tempo.

A fertilidade masculina era vista como símbolo de virilidade e travou relação muito íntima com a nobreza, principalmente, do século XVI, devido à hereditariedade do trono.

A infertilidade feminina era altamente depreciada e abria precedente para o marido da mulher infértil procurar outra que lhe concedesse prole herdeira.

Ainda hoje, o direito à procriação é defendido amplamente. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1978, o aponta como direito inerente à pessoa humana²⁴. A Constituição Federal Brasileira, de 1988, reconhece tal direito quando

²⁴“A procriação deve ser um direito de todos e é reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovada em Paris em 10 de dezembro de 1978). Nesta declaração, destaca-se que, além da igualdade e da

trata do respeito ao direito à vida e quando estabelece como competência do casal (entidade familiar) o livre planejamento familiar.

Enfim, durante todo o período histórico de que se tem notícia, o desejo de procriação sempre teve grande destaque até poder ser relacionado, atualmente, ao princípio da dignidade humana, visto que é natural haver a ânsia pela continuidade da espécie e a perpetuação de nomes, valores e patrimônios²⁵. É, portanto, direito fundamental e deve ser garantido a todos sem distinção.

Confirmando o que foi dito até agora, a respeito das dificuldades passadas por aqueles que queriam ter filhos, mas não podiam, há a história da reprodução assistida, que desde os primórdios foi buscada e aprimorada para satisfazer a necessidade humana de ter filhos naturais.

Há registros muito antigos de experiências com inseminação artificial em animais, contudo, em seres humanos, acredita-se, de acordo com a literatura histórica, que a primeira tentativa bem sucedida foi realizada por Arnaud de Villeneuve, médico de reis e papas, com Henrique IV de Castela e sua esposa²⁶.

O primeiro relato científico, no entanto, data do final do século XVIII e os resultados pertencem ao médico inglês John Hunter. Ainda assim, a primeira inseminação heteróloga só ocorreu no final do século XIX, em 1884, na Filadélfia, Pensilvânia, e o responsável foi um ginecologista americano chamado Pancoast.

Apesar da continuidade nos experimentos, o desenvolvimento da técnica se deu de forma extremamente vagarosa, a ponto de no início do século XX termos ainda apenas 88 casos conhecidos²⁷.

Após um estudo mais aprofundado sobre o ciclo menstrual da mulher e as descobertas e aprimoramentos sobre resfriamento e preservação do espermatozoide, a inseminação artificial deslanchou e difundiu-se, principalmente nos Estados Unidos, a partir de 1950.

dignidade, o ser humano tem direito de fundar uma família (Declaração Universal dos Direitos do Homem artigos III, VII e XVI, 1)". Fonte: IPGO, Medicina da Reprodução. Disponível em: <<http://www.ipgo.com.br/declaracao-universal-dos-direitos-do-homem/>>. Acesso em 30/11/2012.

²⁵ FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. São Paulo: Renovar, 2005. p.2.

²⁶ DAVID, Didier. *L'insémination artificielle humaine, un nouveau mode de filiation*: Aspects biologiques, éthiques, juridiques et psychologiques. Paris: Ed. ESF, 1984. p.22.

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.31.

Com relação à FIV (Fertilização *in vitro*), temos uma história mais recente. Houve experimentos com cobaias no século XIX, mas os testes com humanos começaram em 1944, com os biólogos Rock e Menkin. Avanços foram sendo feitos no que concerne ao congelamento dos óvulos e, apenas em 1969, obteve-se embriões humanos por FIV capazes de reproduzir. A partir de 1971, pesquisadores ingleses começaram a pôr em prática a idéia de um tratamento hormonal a ser realizado para obtenção de mais óvulos e de uma forma não tão aleatória como antes. Com isso, nasce, na Inglaterra, o primeiro bebê de proveta do mundo, Louise Joy Brown, em julho 1978²⁸.

Foi, portanto, nos anos 80 que o mundo começou a incorporar cada vez mais a técnica da Fertilização *in vitro*. No Brasil, o ano de 1984 foi bastante significativo, com o nascimento da primeira bebê de proveta brasileira, Ana Paula. No mesmo ano havia ocorrido o Simpósio Nacional de Reprodução Humana e, após o primeiro caso de sucesso, o XI Congresso Brasileiro de Reprodução Humana, em São Paulo. A partir daí, o desenvolvimento dos programas de reprodução foi rápido, chegando a apresentar resultados tão bons quanto os alcançados nos melhores centros internacionais.

Como bem sabemos, as mudanças sociais que ocorrem no tempo são o que impulsionam o Direito. E com todas essas transformações relatadas, faz-se importante uma análise da regulamentação que se seguiu à história. No presente trabalho, limitaremos-nos ao âmbito brasileiro, por óbvio.

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem. p.41-43.

2 ASPECTOS TÉCNICO-CIENTÍFICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

2.1 A NOVA RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E SUA NATUREZA JURÍDICA

O Código Civil brasileiro, quando trata da presunção de filiação, menciona a possibilidade de Reprodução Humana Assistida, tanto homóloga quanto heteróloga, todavia, seus dispositivos são amplos e carecem de legislação ordinária específica, que viria a complementar o texto codificado, visto que esse não estaria apto a abranger toda a complexidade do tema, que envolve questões meta-jurídicas, além de estar sujeito a constantes alterações.

A Constituição Federal, em seu artigo 226 § 7º, e a legislação especial (Lei 9263/96 – Do Planejamento Familiar)²⁹ defendem o livre planejamento familiar e a obrigação do Estado de prover todos os métodos necessários para essa realização, incluindo as técnicas de RHA. Na prática, sabemos que isso não ocorre devido ao alto custo ainda apresentado pelos referidos procedimentos, o que distancia o processo da maioria da população brasileira³⁰.

Ao mesmo tempo em que a realidade não acompanha a teoria, como no exemplo supracitado, muitas vezes, a sociedade avança e o Direito fica para trás, necessitando de atualizações que o nivelem novamente ao patamar das necessidades sociais. Nessa relação de troca, devemos reconhecer a importância de quando o Direito presta um serviço à população apontando algo que precisa de ajustes e que ainda não teve sua devida atenção. E, nessa situação, é o Direito que dá o passo de avanço, trazendo à tona uma determinada questão que precisa de discussão e que aos poucos vai sendo aceita pelo consciente coletivo da sociedade.

A resolução que ditava as normas orientadoras dos procedimentos de Reprodução Humana Assistida no Brasil era a CFM 1358/92³¹. Após 18 anos,

²⁹ BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 15 de janeiro de 1996.

³⁰ É de se notar o trabalho desenvolvido pelo Hospital Pérola Byngton, de São Paulo, que tem prestado assistência gratuita na área de Reprodução Humana Assistida.

³¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Resolução nº 1358, de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 19 de novembro de 1992.

porém, foi editada a nova resolução do CFM 1957/2010³², que trouxe importantes inovações, superando a anterior.

A principal medida inserida pela nova resolução é a que possibilita que qualquer pessoa recorra às técnicas de Reprodução Humana Assistida, isso inclui pessoas solteiras e casais de pessoas do mesmo sexo, além de não ser necessária qualquer comprovação de união estável. A eugenia e a cessão onerosa de útero continuam proibidas, além disso, foi acrescida a possibilidade de reprodução artificial *post mortem*, desde que conte com autorização prévia específica do (a) falecido (a).

A intenção da transformação é, claramente, acompanhar o desenvolvimento social e passar a abarcar todas as espécies de família, ou melhor, todos aqueles que desejam aumentar ou iniciar um novo núcleo familiar, respeitando as diversas formas em que isso pode ocorrer. A norma passou a atender ao princípio da pluralidade de entidades familiares. Não há, portanto, qualquer restrição de ordem marital ou concernente à orientação sexual daqueles que recorrem às técnicas de Reprodução Assistida. Diferente da antiga regulamentação, que reportava o procedimento apenas às mulheres casadas, ou conviventes de união estável, exigindo-se a autorização do cônjuge ou companheiro.

A oferta das técnicas reprodutivas atinge a todos, considerando-se que, no caso de casal homoafetivo masculino, é possível a gestação por substituição, pautada na solidariedade e assumida por parente de até segundo grau de qualquer dos participantes do processo reprodutivo.

Entretanto, o cerne da questão, que deve ser observado, é a falta de devida regulamentação específica para as questões que podem surgir a partir da utilização dos métodos artificiais de Reprodução Assistida. Nosso ordenamento acaba preenchendo tal lacuna por meio das Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Essa medida não é a ideal, é apenas a adoção de um norte para que os juristas supram a ausência de lei quando da necessidade de um julgamento. Contudo, há de se reconhecer que tais normas estão em consonância com a evolução da demanda social, o que muito colabora para que os avanços sejam reconhecidos e acatados pelo Direito. Porém, ao mesmo tempo, é mister questionar se tal Resolução tem

³² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Resolução nº 1957, de 15 de dezembro de 2010. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 6 de janeiro de 2011.

legitimidade para basear decisões jurídicas, visto que não passou pelo processo legislativo comum, devido à sua função ser direcionada a orientar apenas a uma determinada classe profissional, qual seja a médica.

Nesse sentido, temos a doutrina de Jussara de Meirelles³³, que analisa a referida legitimidade da Resolução do Conselho Federal de Medicina. É reconhecido que o aludido ato normativo tem natureza meramente administrativa, ou seja, tem o objetivo de regular apenas a atuação dos profissionais da área médica e, portanto, não tem o poder de restringir determinadas atitudes que o próprio ordenamento jurídico brasileiro formal não proíbe.

A Constituição Federal de 1988 adota o princípio de liberdade de conteúdo baseado em Hans Kelsen, segundo o qual “uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida”³⁴. Concluímos isso pelo seu artigo 5º, II, que assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. A lei é um ato normativo formal que decorre de todo um processo Legislativo e, eventualmente, é emanada, também, pelo Poder Executivo. Uma resolução não tem as mesmas características e, portanto, não poderia ter o mesmo efeito da lei na liberdade individual.

Entretanto, é evidente a lacuna legislativa específica com relação ao tema, o que nos leva a buscar em disposições mais genéricas, como os princípios, as soluções para a demanda social. Para Jussara Meirelles, apesar da natureza administrativa das normas éticas do Conselho Federal de Medicina, em face da omissão do legislador, não há como afastarmos a eficácia das disposições no plano dos princípios gerais³⁵. Assim, é possível basear decisões jurídicas na Resolução 1957/2010, visto que é o único ato normativo específico vigente sobre o assunto em nosso país, além de trazer disposições bastante coerentes com a realidade da sociedade, respeitando princípios constitucionais norteadores de nosso ordenamento.

Não é possível ignorar os fatos. As técnicas de Reprodução Humana Assistida existem e estão sendo utilizadas. O Direito não pode se omitir. É necessária uma atuação ativa do legislador e, enquanto isso não acontece, o

³³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por outrem e determinação da maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Genesis, 1998.

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

³⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por outrem e determinação da maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Genesis, 1998.

judiciário deve continuar buscando nas várias fontes, normativas, principiológicas e consuetudinárias, uma decisão adequada para as situações que são apresentadas.

2.2 A ESCOLHA DE CRITÉRIOS NO USO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O presente trabalho visa, principalmente, defender a possibilidade de uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida para todos, inclusive, e com destaque, casais formados por pessoas do mesmo sexo, a fim de melhor tutelar os direitos de igualdade e liberdade de procriação. Contudo, não queremos aqui abrigar o uso indiscriminado de tais métodos. É extremamente necessário o atendimento de alguns critérios devido a problemáticas que podem surgir em virtude da complexidade da situação de uma reprodução medicamente assistida.

Os autores Álvaro Petracco, Mariângela Badalotti e Adriana Cristine Arent trazem um conceito interessante de saúde. Saúde não é apenas a falta de doença, mas sim o bem estar geral, que congloba os aspectos físico, mental e social³⁶. Para muitos casais, ter um filho é parte fundamental de uma vida completa e feliz que proporcionará um estado psicológico satisfatório. Portanto, segundo Cláudia Maria Lima Scheidweiler, “o direito à Reprodução Humana Assistida é um direito à saúde, constitucionalmente garantida”³⁷. Vale lembrar que o direito à saúde foi elevado à categoria de Direitos Humanos, o que lhe confere certa importância a mais quando em conflito com outros direitos constantes em nosso ordenamento. A mesma autora citada faz menção, ainda, a uma função social da Reprodução Assistida justamente referindo-se a esse “direito à sadia qualidade de vida”.

Justamente devido à tamanha relevância, o tema deve ser tratado com cuidado e critério, pois afeta de maneira magistral a vida dos envolvidos, bem como de possíveis terceiros e de vidas que ainda estão por vir.

A única regulamentação que há, atualmente, sobre a matéria de Reprodução Humana é uma resolução do Conselho Federal de Medicina, que já foi tratada mais

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Atualidade. Bioética e Biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.2.

³⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. **Biodireito em Discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. p.21.

pormenorizadamente neste estudo. Contudo, cabe agora a citação de algumas limitações específicas impostas pela referida resolução.

A proibição da cessão onerosa de útero é uma diretriz ética mantida pelas novas normas do CFM, assim como a oposição à venda de óvulos ou espermatozoides. Isso porque é vedada a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, como dispõe o artigo 199 § 4º da Constituição Federal. A Lei Maior brasileira pretende proteger o cidadão contra si próprio, impedindo que seja objeto de negócio jurídico oneroso, seja venda ou aluguel, por exemplo, qualquer parte do corpo humano. Da mesma forma, o artigo 225 § 1º, V da nossa Carta Magna reafirma que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I. preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II. preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III. definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV. exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V. controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI. promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII. .proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Com isso, conclui-se que o atendimento aos requisitos, impostos pela Resolução nº 1957/10, são de extrema importância para que a gestação por substituição seja realizada de forma responsável e lícita. O assunto será discutido em seção especial mais adiante.

Outra restrição imposta pelas regras do CFM é a que trata da impossibilidade de escolha de sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro bebê. A

eugenia é extremamente condenada em nosso país. O desenvolvimento tecnológico é de grande valia para a população, mas o que deve prevalecer são os valores como a dignidade, e a integridade física e psíquica dos envolvidos. Não podemos correr o risco de uma “reificação da vida humana”.³⁸

No Brasil, temos a lei de Biossegurança³⁹ que regula técnicas de engenharia genética e estabelece reservas às referidas manipulações com estabelecimento de multas até pena de prisão para os violadores das regras.

Para Bellino, a questão “é saber se a medicina deve ser somente curativa ou possa e/ou deve otimizar a constituição do todo, determinando a qualidade genética e biológica dos indivíduos futuros. Aquele que está para nascer não é um dado, mas não um construto, um projeto, um produto, torna-se cada vez mais um conjunto de possibilidades e de recursos a serem ativados.”⁴⁰

É válido esse poder tão grande sobre a vida humana? Escolher gerar um filho para salvar a vida de um irmão que esteja doente? Criar uma vida com determinada função pré-estabelecida? Ceder às tentações de selecionar as melhores características genéticas para seu filho? Como a natureza reagiria com a diminuição da diversidade? O cuidado para que não haja uma mercantilização das pessoas deve ser grande. Até que ponto o desenvolvimento técnico-científico pode chegar?

Ao pensar nessa necessária proteção a vidas futuras, é interessante citar a limitação proposta pelo Conselho Federal de Medicina quanto à quantidade de embriões que poderão ser implantados na receptora. Mulheres de até 35 anos só poderão ter 2 embriões transferidos ao útero. Mulheres de 36 a 39 anos poderão ter até 3 embriões implantados. Já mulheres acima de 40 anos poderão transferir no máximo 4 embriões.

Tal problemática se deve à alta probabilidade de gestações múltiplas, que aumentam as chances de prematuridade e aborto com o avanço da idade. Mulheres mais novas têm mais propensão ao sucesso da técnica e, por isso, não há

³⁸ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e Reprodução Humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.76.

³⁹ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 28 de março de 2005.

⁴⁰ BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**. Bauru: EDUSC, 1997. p.265.

necessidade de um número grande de embriões implantados. Um caso concreto ocorrido no estado do Paraná ilustra bem as possíveis problemáticas da aludida situação. Corre em segredo de justiça a ação que envolve um casal que, tendo utilizado a técnica de Reprodução Assistida, rejeitou uma das filhas trigêmeas. A mãe teve quatro embriões transferidos ao útero e estava ciente da possibilidade de se formarem quatro bebês, contudo, o casal desejava apenas dois filhos e, conforme consta em despacho judicial de 14 de março de 2011, consultado pela reportagem do iG no Diário Eletrônico de Justiça do Paraná, tentaram, inclusive abortar uma das crianças em países estrangeiros, o que é expressamente proibido pela resolução do Conselho Federal de Medicina. Após o nascimento prematuro das meninas, os pais afirmaram que só levariam duas delas pra casa, mostrando a intenção de abandonar um bebê na maternidade, em Curitiba. O casal, formado por uma economista e um nutricionista, após perder a guarda das três irmãs, se mostrou arrependido e quis reaver a guarda das filhas.⁴¹

Claramente, a situação narrada demonstra um despreparo psicológico daqueles que fizeram uso dos métodos artificiais de reprodução. As técnicas estão, ainda, em desenvolvimento, o que acaba gerando um alto índice de gestações múltiplas, que acarretam mais dificuldades, obviamente. Deve haver um acompanhamento psicológico das famílias, que pretendem ter filhos por esse meio, para garantir que a criança será recebida em condições estáveis e convenientes de criação.

Ao lado disso tudo, há a dificuldade, nesse processo, dos embriões excedentários e sua destinação. A questão é polêmica e não se tem aqui a pretensão de esgotá-la, ou mesmo desenvolvê-la, devido a uma delimitação do tema. Podemos apenas dizer que no Brasil é proibido o descarte dos embriões e mesmo pesquisas científicas só poderão ser aplicadas em embriões criopreservados há mais de três anos ou que não possuem, por qualquer motivo, viabilidade para originar um ser humano. Deve haver um acordo de vontades entre os genitores para decidir o destino que será dado ao pré-embrião em caso de divórcio, doenças

⁴¹CRISTO, Luciana. **Casal tentou abortar uma das trigêmeas, diz juiz do Paraná.** Fonte: iG Paraná. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/pr/casal+tentou+abortar+uma+das+trigemeas+diz+juiz+do+parana/n1300038390176.html>>. Acesso em 01/11/2012.

graves, falecimento de um deles ou de ambos, bem como quando desejam doá-los, ressaltando-se que a comercialização é proibida. As limitações são dadas pela Resolução nº 1957/2010⁴² do CFM e pela Lei de Biossegurança, nº 11.105/05.⁴³

Um critério muito importante a ser observado é o do consentimento informado, citado mais de uma vez ao longo do texto da Resolução nº 1957/2010. O consentimento deve ser obrigatório a todos os participantes, inclusive aos doadores, e deverá ser expresso e escrito. Todos têm de estar devidamente esclarecidos e cientes de todas as informações e etapas do procedimento. Segundo Maria Cláudia Crespo Brauner, há a previsão de desistência até o momento anterior à realização da intervenção médica que viabilizará a gravidez.⁴⁴

O consentimento informado deve estar presente, também, quando estivermos diante de outro desdobramento delicado da reprodução assistida, a inseminação *post mortem*. Esse é outro campo que demanda o uso de cautela. O Conselho Federal de Medicina manda que no momento da criopreservação as partes expressem, por escrito, sua vontade com relação ao destino que será dado aos pré-embriões no caso de divórcio, doenças graves ou falecimento⁴⁵. Não é ilícito, portanto, o procedimento de reprodução assistida após a morte de um dos parceiros, desde que exista a autorização prévia específica e escrita do *de cujus*.⁴⁶

Já há casos de inseminação *post mortem*, inclusive no estado do Paraná, e muitas são as questões levantadas como, por exemplo, direitos sucessórios, insegurança jurídica devido à prole eventual, prazo para o procedimento, melhor interesse da criança, etc. Contudo, não cabe no atual momento um maior esmiuçamento do tema, visto que a intenção foi uma apresentação das questões

⁴² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Resolução nº 1957, de 15 de dezembro de 2010. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 6 de janeiro de 2011.

⁴³ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 28 de março de 2005.

⁴⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.88.

⁴⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Resolução nº 1957, de 15 de dezembro de 2010. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 6 de janeiro de 2011. Item V, nº 3.

⁴⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Idem. Item VIII.

que necessitam de cuidado no processo de reprodução humana assistida, porém, sem a pretensão de examinar a fundo cada uma delas.

O que se quer frisar nesse capítulo, é que a Reprodução Humana Assistida é um recurso que tem uma função social muito importante e deve ser oferecido a todos aqueles que desejem realizar o sonho da paternidade, atendendo aos princípios da isonomia, responsabilidade, intimidade, liberdade. Porém, o seu uso não deve ser indiscriminado. O procedimento envolve o psicológico de muitas pessoas, inclusive de uma futura criança, além de afetar padrões e valores de toda uma sociedade. Portanto, é indispensável que regras claras e específicas sejam criadas e respeitadas. Um acompanhamento psicológico dos participantes se faz extremamente útil e auxilia no atendimento do melhor interesse da criança e daquela família. Os conflitos devem ser evitados, pois as questões envolvendo paternidade e maternidade ganharam complexidade. Devemos ter em mente que a Reprodução Medicamente Assistida é antes de tudo um procedimento humanitário, que lida com a vida de pessoas e não uma simples técnica científica que trata de objetos passíveis de mercantilização e massificação.

3 AS PROBLEMÁTICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA⁴⁷

3.1 A GESTAÇÃO POR OUTREM

A gestação por outrem, como já dito, é mais uma técnica que auxilia no processo da reprodução humana assistida. “É a prática pela qual uma mulher mantém em gestação uma criança com a intenção de que esta seja entregue, após o parto, a quem com ela pactuou, gratuita ou onerosamente, a desse modo proceder.”⁴⁸

No Brasil, conforme a Resolução nº 1957/2010 do CFM, em seu item VII, nº1 e nº2, a gestação por substituição só pode ser praticada por parente até segundo grau de algum dos participantes na reprodução artificial e não pode ter caráter lucrativo ou comercial. Os demais casos deverão ser submetidos à análise do Conselho Federal de Medicina, que deve garantir que o ato seja pautado na solidariedade e de forma gratuita, não onerosa. Segundo Pontes de Miranda, o homem vivo não pode ser objeto de direito, tampouco as partes corporais que, uma vez separadas, pertencem àquele de quem foram extraídas⁴⁹. Portanto, o útero não pode ser objeto de negociação nem mesmo se estivesse separado do corpo humano do qual faz parte.

A utilização de útero alheio como técnica auxiliar de procriação artificial foi surgindo naturalmente. Antigamente, a prática era aplicada, no caso de infertilidade feminina, mas com a presença de relações sexuais entre o marido e a doadora do útero. Com a difusão das técnicas de reprodução assistida como a inseminação artificial e a Fertilização *in vitro*, não demorou para que a ciência tomasse a iniciativa de utilizar o útero de uma mulher em favor de outrem, acrescentando-se assim, mais um elemento no processo reprodutivo artificial.

⁴⁷ Nesse capítulo, faz-se essencial ressaltar que não se pretende esgotar todos os temas abordados abaixo, devido à sua grande complexidade, que possibilitaria uma monografia independente para cada um. Apenas gostaríamos de ilustrar o trabalho com a análise de exemplos que pertencem à esfera de abrangência do tema norteador da presente publicação. Ou seja, não trataremos de problemáticas gerais da Reprodução Humana Assistida, mas somente daquelas que têm conexão com a situação específica de participantes homoafetivos no processo.

⁴⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Genesis, 1998. p.67.

⁴⁹ PONTES de MIRANDA, Francisco. Tratado de Direito Privado; Parte Geral; Direito da Personalidade. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

Portanto, tornou-se possível, para mulheres com impossibilidade de levar a termo uma gravidez, concretizarem o sonho da maternidade sem que seu marido ou companheiro tivesse relações sexuais com outra e com a opção de o filho ser geneticamente seu.

As combinações mais utilizadas de técnicas de procriação artificial com a gestação por outrem são a inseminação artificial e a FIV. A mais utilizada é a Fertilização *in vitro* com material genético do casal interessado, seguida da transferência e implantação no útero daquela que manterá a gestação. Essa é a chamada “Mãe portadora”, ou seja, apenas empresta seu útero a um embrião que não tem qualquer ligação biológica ou genética consigo. Há, contudo, a possibilidade de a futura gestante ter seu próprio óvulo fecundado com o sêmem do marido ou companheiro da mulher infértil. Nesse caso, chamamos de “Mãe de substituição”, visto que esta empresta tanto seu útero quanto seu óvulo, mantendo a gestação de uma criança que é geneticamente sua, mas que entregará ao casal solicitante após o nascimento. Ainda podemos acrescentar a alternativa de uma gestante que carregará uma criança que é fruto de uma FIV que reuniu o sêmem de uma parte do casal e o óvulo de uma doadora anônima. Teremos, portanto, a figura de três “mães”, a mãe genética, que é a doadora do óvulo, a mãe biológica, que é a que gestará o bebê, e a mãe social, que é aquela a quem será entregue criança após o parto.

Como visto, a gestação por outrem é uma técnica de que se pode lançar mão de diversas maneiras. Entretanto, as situações em que ela pode ser aplicada, em nosso país, são restritas e uma dessas situações é um dos focos de nosso trabalho. A Resolução do CFM afirma que a gestação de substituição pode ser usada apenas quando houver problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou mãe solicitante. Ou seja, ao contrário do que pode ocorrer em países como Estados Unidos, onde o recurso da “mãe substituta” é utilizado como alternativa ao processo de adoção ou, ainda, por motivos estéticos⁵⁰, no Brasil, só poderá ser solicitada tal medida no caso de impossibilidade de gestação por

⁵⁰MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Genesis, 1998. p.71.

malformações congênitas ou riscos para a mãe, bem como problemas médicos similares.

Neste ponto, chegamos a uma questão crucial e objetiva dessa pesquisa. Já mencionamos que a nova Resolução do Conselho Federal de Medicina trouxe grandes mudanças para a área da Reprodução Humana Assistida e uma delas foi a possibilidade do uso dessa técnica por todas as pessoas capazes, incluindo-se pessoas solteiras e casais homoafetivos. Com isso, concluímos que o caso de um casal homoafetivo masculino é mais uma situação abrangida pelo leque de autorização para utilização da gestação de substituição, visto que há uma impossibilidade física de gravidez pelas partes participantes do processo reprodutivo. É uma consequência lógica, pois se os casais do mesmo sexo podem fazer uso das medidas de procriação artificial e a gestação por outrem é uma medida acessória necessária para alguns casos, é inegável que essa possibilidade seja oferecida a esses casais. Indiscutíveis são os limites impostos, que são os mesmos para qualquer um que vá se valer da referida técnica, ou seja, as doadoras temporárias do útero devem ser da família de algum dos companheiros pretendentes a pais e o gesto deve ser solidário, sem fins lucrativos ou qualquer tipo de onerosidade. Tal analogia pode se dizer pautada, principalmente, pelos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade.

Não há, no ordenamento brasileiro, qualquer restrição legal para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida bem como de suas medidas acessórias por casais homoafetivos. Portanto, casais formados por duas mulheres, em que nenhuma das duas possa manter uma gravidez, também são candidatos à utilização da gestação por outrem. Contudo, quer-se frisar aqui, a necessidade de todos os casais formados por dois homens de recorrer a essa medida, que deverá ser plenamente possível como regra para que a procriação seja realizada com sucesso, atingindo assim o objetivo de igualar todos aqueles que desejam realizar o sonho de ter filhos por meio da Reprodução Assistida.

Conforme previamente exposto, a gestação por outrem pode ocorrer de diversas formas e cada uma envolve diferentes personagens. No caso de um casal homoafetivo masculino, o material genético masculino pode ser de um dos companheiros, determinado ou aleatório, bem como de doador anônimo. O material

genético feminino pode vir de um banco de óvulos, assim como se pode utilizar o óvulo da própria mulher que emprestará seu útero.

No caso de um casal homoafetivo feminino, o sêmem, obviamente, será obtido de um doador anônimo, porém, o material genético feminino poderá ser de uma das companheiras, da gestante por substituição ou de doadora anônima.

Apesar das possibilidades expostas, não cabe discutir a determinação da maternidade como assunto preocupante, visto que não há caso de conflito entre o laço biológico, genético ou afetivo. A gestação por outrem é um ato de solidariedade e, desde o início, é acordado como sendo o casal solicitante os pais da criança, independente de quem doou material genético ou gestou o bebê. Contudo, não se tira a importância de uma devida regulamentação da situação, que determine os direitos e deveres de cada participante do processo.

Alguns ainda podem suscitar algumas restrições éticas quanto aos métodos de reprodução artificial em geral e, especialmente, quanto à gestação por substituição. Uma delas seria a ligação emocional que a gestante cria com o filho que terá de entregar ao fim da gravidez. Além disso, questiona-se a possibilidade de um impacto psicológico na criança devido à separação brusca que ocorre logo após o nascimento. No entanto, no caso brasileiro, a mãe de substituição estaria realizando um ato de solidariedade em prol de um familiar, portanto, a satisfação e realização em ver a felicidade proporcionada são sentimentos que estarão muito presentes. Quanto ao melhor interesse da criança, há que se ressaltar que não há dados ou pesquisas que confirmem danos psicológicos em crianças adotadas, simplesmente pelo fato de a mãe biológica não ter podido as manter consigo. O lar e a família de destino da criança, bem como situações que elas podem passar em abrigos ou na rua, são elementos muito mais concretos que influenciam um possível problema psicológico infantil. Além disso, a criança terá a possibilidade de convivência com aquela que a gerou, visto que essa será alguém que tem parentesco de até segundo grau com um de seus pais. O ideal é o amor e o suporte na criação de um filho por seus pais sociais ou biológicos, que devem assegurar o direito pessoal de conhecimento de suas origens, revelando os fatos na medida em que forem questionados pelas crianças.

Portanto, a gestação por outrem, na medida em que utilizada de maneira criteriosa e responsável, deve ser uma possibilidade de casais, homoafetivos ou não, constituírem família, mantendo um laço genético ou simplesmente satisfazendo o desejo de acompanhar o desenvolvimento de um filho desde início de sua formação. A perpetuação da espécie é direito inerente ao ser humano e deve ser garantido em todas as suas formas.

3.2 DIREITO AO NOME

Um impasse, ainda encontrado por casais do mesmo sexo após realizar a técnica da RHA, é o registro de nascimento da criança concebida, constando os nomes dos dois pais ou das duas mães.

Como já exposto nessa publicação, a Reprodução Humana Assistida é um direito pertencente à esfera dos direitos à saúde e, portanto, um direito fundamental. Agora, tratamos de outro direito fundamental, um direito de personalidade, o direito ao nome. Em qualquer situação jurídica que envolva um menor, o principal objetivo perseguido pelos juristas é o melhor interesse da criança ou do adolescente. É irrefutável a afirmação de que o nome e uma certidão de nascimento, que corresponda à sua realidade de vida, são essenciais ao bem estar de qualquer infante. Nas palavras de Heloisa Helena Barboza:

...toda pessoa possui um atributo, o nome, que é como 'uma etiqueta colocada sobre cada um de nós, ele dá a chave da pessoa toda inteira', sendo um 'sinal distintivo revelador da personalidade'. (...) O nome permite que os indivíduos se distingam uns dos outros; não é o único sinal de identificação das pessoas, mas certamente o mais marcante. Ele é principalmente um elemento da personalidade. (...) ter um nome é um direito essencial da pessoa, ao qual corresponde um dever.⁵¹

Na mesma linha de raciocínio, é de suma importância citar o pensamento de Ana Carla Harmatiuk Matos e Karla Ferreira de Camargo Fischer, que diz que “negar a uma criança sua verdadeira história familiar traduz em não atendimento de seu

⁵¹BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p.384.

melhor interesse, visto que tal situação acaba por privá-la de ver reconhecido, pelo direito, o parâmetro de todas as relações jurídicas, a digna tutela do ser humano”.⁵²

Como vimos, são princípios como o da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança que estão em jogo quando falamos da importância do registro de nascimento, e de sua correspondência com a realidade, tanto para o filho, quanto para seus pais, homoafetivos ou não.

Nesse sentido, podem surgir pontuações a serem feitas no que concerne à filiação. Na Reprodução Assistida de parceiros homoafetivos, pode haver vínculo biológico de um dos parceiros com a criança ou não, o que assemelha a situação ao instituto da adoção.

Com a intervenção da ciência, ficou cada vez mais complexa a determinação de paternidade e maternidade, o que nos leva a concluir, que, acima do referencial biológico, devemos analisar a manifestação de vontade de ser pai e mãe, as relações de sentimento, bem como, por vezes, a posse do estado de filho, para que seja determinado o laço de parentesco. A posse do estado de filho permite trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Para isso, temos os três elementos caracterizadores de tal realidade que são o *nomem*, o *tractatus* e a fama, trilogia clássica definida pela doutrina francesa⁵³. Como a atual discussão diz respeito justamente ao direito ao nome, o enfoque fica a cargo do tratamento e da fama. O tratamento é o comportamento expresso pelo pai e pelo filho correspondente às atitudes que de tal relação decorrem normalmente. A fama é a imagem social, como a sociedade reconhece a relação de paternidade/maternidade. Além desses, devemos considerar qualidades como a publicidade e a continuidade.

Para Perlingieri:

“O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não

⁵² FISCHER. Carla Ferreira de Camargo. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Reprodução humana assistida e parceria homoafetiva. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.17, n. 1, p. 9-32, 2012.

⁵³ CORNU, Gérard. **Droit Civil, La famille**. Tomo II. Paris: Montchrestien, 1984. p.306-309.

diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão de vida.”⁵⁴

Analizando, mesmo que superficialmente, as relações familiares, percebe-se que a adoção exclusiva do critério biológico para determinação da filiação demonstra-se absolutamente insuficiente e injustificada. Uma relação de pai é filho é muito mais do que o laço consanguíneo pode determinar⁵⁵.

A filiação socioafetiva que surge entre um casal formado por pessoas do mesmo sexo e uma criança gerada por RHA, perpassa sentimentos, afeto, posse do estado de filho, etc, e isso por parte de ambos os companheiros, mesmo que apenas um deles tenha ligação biológica com o infante⁵⁶. As relações de sentimento não têm qualquer correlação com vínculo genético, pois bem sabemos que muitas vezes pais biológicos abandonam seus filhos, enquanto pais adotivos suprem todas as suas necessidades de alimentos, cuidados, simpatia e estímulos⁵⁷.

É pelo explicitado acima, que Oswaldo Peregrina Júnior, professor da PUC-SP, expressou opinião dizendo que o registro de crianças nascidas por meio de técnicas de reprodução artificial deve seguir a lógica da adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo.⁵⁸

Na adoção, temos como instituto fundamental a manifestação da vontade. Assim como em outras situações, em que não há presunção legal, observamos o ato de vontade também sendo elemento determinante no estabelecimento de paternidade. Isso nos leva a concluir que a vontade tem ganhado relevância na hora de reconhecer vínculo de parentesco em detrimento do laço biológico.⁵⁹

Essa manifestação da vontade, para reprodução Humana Assistida Heteróloga utilizada por casais heterossexuais, encontra regulamentação no inciso

⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.244.

⁵⁵ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.197.

⁵⁶ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Idem*. p.181.

⁵⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.108.

⁵⁸ R7 NOTÍCIAS. **Gays comemoram direito de recorrer à fertilização assistida**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/gays-comemoram-direito-de-recorrer-a-fertilizacao-assistida-20110107.html>>. Acesso em 03/11/2012.

⁵⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.106-107.

V, do artigo 1597 do Código Civil, que exige autorização prévia do marido para que seja reconhecida a relação de paternidade. Discute-se se tal autorização deveria ser escrita e expressa ou não. Para Paulo Luiz Netto Lobo, esta pode ser verbal e comprovada em juízo como tal, visto que a lei não exige que seja escrita, mas apenas que seja prévia.⁶⁰

O Enunciado 104 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, editado em 2002, na Jornada de Direito Civil e confirmado na Jornada ocorrida em 2006, estabelece que: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento.

Portanto, segundo Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz⁶¹ em seu trabalho intitulado “Reprodução humana assistida e filiação”⁶², admitiu-se a manifestação implícita da vontade no curso do casamento.

Com isso, podemos transportar tal linha de pensamento para o caso de parceiros homoafetivos, visto que, são outro tipo de núcleo familiar, mas, devido à sua estabilidade, desejo de constituir família, afetividade e publicidade, merecem analogias que lhes garantam os mesmos direitos.

Assim, na reprodução medicamente assistida em que nenhum dos parceiros participe com material genético, podemos utilizar o mesmo raciocínio utilizado na adoção por pares homoafetivos para que o registro da criança possa conter o nome dos dois pais ou das duas mães.

⁶⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. p.53, 16v.

⁶¹ Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Juíza de Direito Substituta da Capital. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

⁶² FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e filiação**. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/cej/revistas/num2/Ana%20Claudia%20Brand%E3o%20de%20Barros%20Correia%20Ferraz.pdf>>. Acesso em 15/10/2012.

Se, no entanto, um dos parceiros tiver vínculo biológico com o filho gerado por RHA, o outro, por ato manifestação de vontade, expresso ou implícito, pode ter o vínculo de paternidade/maternidade reconhecido, com fundamento nos argumentos já expostos.

Nessa seara, cumpre ressaltar a Lei 11.924/09⁶³, que agregou o § 8º ao artigo 57 da Lei de Registros Públicos, o qual autoriza o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Tal fato, segundo artigo de Ana Carla Harmatiuk Matos e Karla Fischer, é um avanço no campo das “novas” entidades familiares, e embora a referida Lei não traga especificamente a permissão para a inclusão do nome dos parceiros homoafetivos na certidão de nascimento do filho gerado por reprodução assistida, também não há qualquer restrição ou proibição explícita para tal ocorrência. Além disso, as referidas autoras afirmam que o registro de nascimento é um documento que deve espelhar não somente a filiação biológica, mas, sobretudo, a afetiva, traduzindo a realidade social da criança para o mundo jurídico. É isso que vai garantir sua dignidade e seu melhor interesse⁶⁴.

Vale mencionar o Decreto 7.231/2010⁶⁵, que determinou que as certidões de nascimento entrassem em consonância com o modelo apresentado pela Portaria Interministerial nº 03⁶⁶, em obediência ao provimento nº 03 do CNJ⁶⁷, que, na intenção de padronizar tais documentos, estabeleceu um campo chamado “filiação”, que é mais amplo e permite o preenchimento com o nome do pai, da mãe, dos pais ou das mães. O registro ficaria facilitado tanto nos casos de RHA como nos de adoção por homossexuais.

Parafraseando o doutrinador Fachin:

“A superação do sistema clássico de estabelecimento da filiação teve em mira precisamente a verdade da filiação, permitindo-se perquirir a verdadeira descendência genética. Este movimento legislativo apercebeu-se de uma realidade marcante: a verdadeira paternidade não pode se

⁶³ BRASIL. Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 de abril de 2009.

⁶⁴ FISCHER, Carla Ferreira de Camargo. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Reprodução humana assistida e parceria homoafetiva. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.17, n. 1, p. 9-32, 2012.

⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 7.231, de 14 de julho de 2010. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 15 de julho de 2010.

⁶⁶ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Portaria nº 03, de 31 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 06 de janeiro de 2011.

⁶⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 03, de 17 de novembro de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 19 de novembro de 2009.

circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade socioafetiva”.⁶⁸

Ou seja, é necessário que haja efetiva transmissão da realidade social para o mundo jurídico, fazendo com que o Direito se renove e possa acompanhar as transformações da vida e buscar novas soluções que atendam, principalmente, a princípios como o da dignidade da pessoa humana, o melhor interesse das crianças, bem como o bem estar dos cidadãos.

São de se notar alguns casos brasileiros que acabam por demonstrar que o judiciário tem se encaminhado para um posicionamento mais moderno. O primeiro é o de menores adotados por duas mulheres em Bagé, RS. As duas crianças foram adotadas ainda bebês por uma das parceiras e a outra gostaria de participar da adoção por ter melhores condições financeiras e querer incluir as crianças em direitos como plano de saúde e pensão, no caso de separação ou falecimento. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul havia concedido o direito de adoção ao casal com registro das crianças no nome das duas mães. Contudo, o Ministério Público do Rio Grande do Sul recorreu da decisão, o que levou o caso ao STJ, em 2006. Em 2010, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu, por unanimidade, a legalidade da adoção. A atitude do Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul foi altamente criticada pelo ministro João Otávio de Noronha, presidente da 4ª Turma do STJ, que afirmou que a entidade deveria ter levado em conta o melhor interesse dos adotados.

A decisão é um exemplo de julgado que valoriza a dignidade dos participantes em uma ação importante e inédita.

O segundo caso condiz mais com o objetivo desse trabalho. Diz respeito a um casal homoafetivo masculino que ganhou o direito de registrar a filha, concebida por meio de Reprodução assistida, no nome dos dois pais. O casal vive, em Recife, em relação estável há 15 anos, convertida em casamento civil, recentemente. Com a ajuda de uma prima, uma doadora anônima de óvulo e o sêmen de um deles, foi concebida a criança, Maria Tereza. O judiciário de Recife concedeu o pedido de

⁶⁸ Fachin, Luiz Edson (coord.). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial.** Comentários à Lei n 8560/92. Curitiba: Gênesis, 1995. p.151.

registro e agora a menina tem o nome de seus dois pais em sua certidão de nascimento.⁶⁹

Espera-se que, com a profunda reflexão e a devida construção argumentativa e interpretativa sobre o tema da Reprodução Humana Assistida para parceiros Homoafetivos, as decisões possam se uniformizar e garantir efetiva da tutela desses direitos aos cidadãos do nosso país.

⁶⁹ A íntegra da decisão judicial que concedeu a dupla paternidade de bebê fertilizado in vitro encontra-se em anexo.

CONCLUSÃO

O direito de família passou por profundas transformações no ordenamento jurídico brasileiro que vão desde a constitucionalização do Direito Civil até a repersonalização dessa esfera normativa. A família patriarcal e transpessoal do Código Civil de 1916 deu lugar a uma família mais humanista e focada no afeto e na realização pessoal de seus indivíduos.

A pluralidade de entidades familiares toma lugar ao lado de princípios como o da dignidade da pessoa humana, liberdade, intimidade e igualdade. Com isso, as questões referentes à efetiva tutela de direitos aos homoafetivos, sem discriminação, vêm à tona na sociedade brasileira. A grande influência da Igreja católica no pensamento social é um dos obstáculos ao lado da pressão da bancada religiosa evangélica no processo legislativo realizado no Congresso Nacional.

É nesse contexto que encontramos o impasse da Reprodução Humana Assistida, consistente em técnicas artificiais de reprodução buscadas com muito afinho pela humanidade devido ao ideal de procriação perpetuado por entre as épocas.

O princípio do livre planejamento familiar, em conjunto com as outras diretrizes já mencionadas, além da mudança de paradigmas no Direito de Família brasileiro, nos levam à conclusão de que a igualdade e a dignidade são prevalentes e o desejo por filhos biológicos é natural, devendo ser garantido a todos o direito de fazer uso dos métodos de Reprodução assistida para alcançar a realização pessoal, objeto da atual família constitucionalizada brasileira.

Todavia, apesar do campo dos princípios e diretrizes do nosso ordenamento nos levar à resposta positiva concernente à possibilidade do uso da Reprodução Medicamente Assistida por pares homoafetivos, há uma lacuna legislativa que ainda resulta em interpretações contrárias e decisões destoantes no cenário judiciário.

Atualmente, o único ato normativo em vigor é a Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que, no entanto, tem natureza jurídica de ato normativo administrativo. Contudo, suas disposições têm conteúdo que tem se

adequado muito à demanda social atual e, por isso, têm embasado muitas decisões e argumentações favoráveis ao tema em voga. Essa nova resolução abriu possibilidade de qualquer pessoa capaz, incluindo solteiros e parceiros homossexuais, recorrer às técnicas de Reprodução Assistida, porém, com a devida atenção a determinados critérios e cuidados característicos da grande responsabilidade gerada por sua utilização. As cautelas, que devem ser observadas por todos que pretendem conceber filhos pelos meios artificiais de procriação, são a proibição da cessão onerosa de útero, impossibilidade de eugenia, o dilema dos embriões excedentários, a ciência da probabilidade de gestações múltiplas, a necessidade de consentimento informado para todo e qualquer destino dado aos embriões no futuro, inclusive com relação à inseminação *post mortem*, dentre outras.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina tem sido a única normatização regulamentadora das problemáticas citadas, o que nos leva a pensar na necessidade de uma regulamentação mais completa e legítima para tais temas tão complexos. Claro que a letra da lei nunca será suficiente para abranger todos os desdobramentos da realidade, contudo, a falta de um norte para possíveis interpretações tem gerado uma insegurança jurídica muito grande e não proveitosa para a sociedade brasileira. As construções doutrinárias também ainda são insuficientes nessa esfera e esse foi um dos impulsos geradores do presente trabalho.

No que concerne aos obstáculos da Reprodução Humana Assistida referente objetivamente ao caso da sua aplicação aos parceiros homoafetivos, viu-se que a gestação por outrem e o direito ao nome são exemplos emblemáticos.

A gestação por outrem, ou cessão gratuita de útero, é uma técnica necessária aos parceiros homoafetivos masculinos que desejam uma criança gerada por inseminação artificial, ou fertilização *in vitro*, utilizando material genético de um dos pares, ou de doador anônimo, conjugado com material genético feminino de doadora anônima. O método deve ser realizado gratuitamente, por solidariedade, por parente de até segundo grau de qualquer dos participantes no processo reprodutivo.

Não há, no ordenamento brasileiro, qualquer restrição legal maior para a utilização dos referidos meios, além da limitação ao caso de impossibilidade ou

contraindicação de gravidez, ou seja, o recurso de “mãe substituta” não pode ser utilizado como alternativa ao processo de adoção ou por motivos estéticos e discricionários.

Como dito, no caso de parceiros homoafetivos masculinos a necessidade é onipresente, entretanto, não se pode descartar a possibilidade de uso por parceiras femininas que possuem algum problema de infertilidade.

Com base nos princípios da igualdade e liberdade, na medida em que os requisitos sejam observados, não há justificativa para vedar o apelo à gestação por substituição por pares formados por pessoas do mesmo sexo.

Na mesma linha de pensamento, esbarramos em um obstáculo ainda imposto após a Reprodução Humana Assistida para parceiros homoafetivos que é o registro da criança no nome dos dois pais ou das duas mães. O nome é um direito fundamental e de personalidade e deve refletir a realidade de cada um. Seria altamente atentatório ao melhor interesse da criança o fato de esta não poder ter a sua família contemplada em seus documentos civis.

É de suma importância o reconhecimento de que o vínculo de paternidade e maternidade é formado essencialmente pela afetividade, podendo existir vínculo biológico ou não. É o mesmo caminho do registro feito na adoção por casais homoafetivos que o registro decorrente de Reprodução Humana Assistida deve seguir. Detalhes como a certidão de nascimento não discriminatória devem concentrar atenção dobrada para que a verdadeira dignidade da pessoa humana seja concretizada.

Com isso, podemos concluir que, ao analisar os principais aspectos da Reprodução Humana Assistida em sua faceta geral e específica para casais homoafetivos, não encontramos qualquer justificativa legal, social ou principiológica para o direcionamento das referidas técnicas apenas a determinados grupos. Os princípios constitucionais são não-discriminatórios e o livre planejamento familiar não tutela de acordo com a orientação sexual de seus destinatários. A igualdade e a liberdade ao lado da dignidade da pessoa humana são fundamentais para um desenvolvimento social saudável e harmonioso.

Os meios essenciais e acessórios que possibilitem a concretização do desejo de procriar devem ser garantidos a todos e em todas as suas formas. O que pauta uma família verdadeiramente realizada em seus objetivos pessoais é o amor e o afeto entre seus integrantes, independente da origem de cada um.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Direito à identidade genética. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da Bioética**. Bauru: EDUSC, 1997.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. 53.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 03, de 17 de novembro de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 19 de novembro de 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010**. Brasília, DF, 14 de julho de 2010.

_____. Decreto nº 7.231, de 14 de julho de 2010. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 15 de julho de 2010.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 28 de março de 2005.

_____. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de janeiro de 2007.

_____. Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 de abril de 2009.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 de dezembro de 1977.

_____. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 15 de janeiro de 1996.

_____. Secretaria de Direitos Humanos. Portaria nº 03, de 31 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 06 de janeiro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. (...) Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental nº 132. Governado do Estado do Rio de Janeiro. Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Tribunais de Justiça dos Estados. Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje nº 198. Publicação em 14 de outubro de 2011.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Caso Concreto: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento — Parecer do Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/675>. Acesso em 28/10/2012>. Acesso em 30/11/2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Resolução nº 1957, de 15 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 6 de janeiro de 2011.

_____. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Resolução nº 1358, de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 19 de novembro de 1992.

CORNU, Gérard. **Droit Civil, La famille**. Tomo II. Paris: Montchrestien, 1984.

CRECCHI, Marcos. **Sessão para votar projeto contra homofobia termina em troca de ofensas no Senado**. Disponível em: <http://aigrejaaogostodofregues.blogspot.com.br/2011/05/bancada-evangelica-protestou-contr-o.html>>. Acesso em 28/10/2012.

CRISTO, Luciana. **Casal tentou abortar uma das trigêmeas, diz juiz do Paraná**. Fonte: iG Paraná. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/pr/casal+tentou+abortar+uma+das+trigemeas+diz+juiz+do+parana/n1300038390176.html>>. Acesso em 01/11/2012.

DAVID, Didier. **L'insémination artificielle humaine, un nouveau mode de filiation**: Aspects biologiques, éthiques, juridiques et psychologiques. Paris: Ed. ESF, 1984.

DIAS, Maria Berenice. *Apud* MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Fachin, Luiz Edson (coord.). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial**. Comentários à Lei nº 8560/92. Curitiba: Gênese, 1995.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. São Paulo: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e filiação**. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/cej/revistas/num2/Ana%20Claudia%20Brand%20E3o%20de%20Barros%20Correia%20Ferraz.pdf>>. Acesso em 15/10/2012.

FISCHER, Carla Ferreira de Camargo. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Reprodução humana assistida e parceria homoafetiva. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.17, n. 1, p. 9-32, 2012.

IPGO. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://www.ipgo.com.br/declaracao-universal-dos-direitos-do-homem/>>. Acesso em 30/11/2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Atualidade. Bioética e Biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Gestação por outrem e determinação da maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Genesis, 1998.

_____; SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. **Biodireito em Discussão**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Apud* MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Unões de pessoas do mesmo sexo** – reflexões éticas e jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre: Síntese, v. 31, 1999. (Coleção Acadêmica de Direito, v. 12).

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIPINO, João Carlos. **Igreja Católica: Tentativas para conter a aprovação da lei do divórcio no Brasil**. Disponível em:

<<http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pdf/st11/Pipino,%20Joao%20Carlos.pdf>>. Acesso em 28/11/2012.

PONTES de MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**; Parte Geral; Direito da Personalidade. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

R7 NOTÍCIAS. **Gays comemoram direito de recorrer à fertilização assistida**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/gays-comemoram-direito-de-recorrer-a-fertilizacao-assistida-20110107.html>>. Acesso em 03/11/2012.

ROTANIA, Alejandra Ana. **Dossiê Reprodução Humana Assistida**. Fonte: Rede Feminista de saúde. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/portal/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>>. Acesso em: 27/09/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ANEXOS

ANEXO I – DECISÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO.....	56
---	----

ANEXO I**ESTADO DE PERNAMBUCO****PODER JUDICIÁRIO****JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA
COMARCA DO RECIFE****PROCESSO DE INDICAÇÃO DE PATERNIDADE****REQUERENTES: M.A.A. e W.A.A.****S E N T E N Ç A**

Vistos etc.

M.A.A. e W.A.A., amplamente qualificados nos autos, ingressam com pedido de abertura da jurisdição administrativa deste Juízo de Família e Registro Civil, postulando o assentamento civil, com a indicação da paternidade, da criança M.T.A.A., nascida em 29/01/2012, concebida a partir de inseminação artificial heteróloga, gerada em útero de substituição, com utilização de material genético do primeiro requerente e de óvulo doado por mulher não identificada, para fazer constar o nome de ambos na qualidade de pais.

A menor M.T.A.A. está sob a guarda dos requerentes, os quais vivem em união homoafetiva - recentemente convertida em casamento civil - há mais de 15 (quinze) anos, conforme faz prova Certidão de Casamento por eles apresentada.

A concepção da infante se deu através da fertilização in vitro no útero de substituição de A.L.S., a qual atestou, mediante Escritura Pública de Termo de Consentimento, sua livre participação na gestação em substituição, a partir de doação de óvulo proveniente de banco de armazenamento, reconhecendo a dupla paternidade dos requerentes em relação a menor.

À petição, agregaram os seguintes documentos: Declaração de Nascido Vivo nº 30-56830128-7; Certidão de Casamento; Termo de Consentimento, por instrumento particular e público; Declaração do Centro de Reprodução Humana;

Resolução CFM nº 1.957/2010, e seu Anexo Único (Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida); Relatos colhidos na internet sobre casos ocorridos anteriormente; Cópia de decisão judicial, em situação análoga, onde duas mulheres (a genitora e sua companheira) obtiveram autorização judicial para registro de uma criança.

Pronunciando-se nestes autos, o representante do Ministério Público, opinou favoravelmente ao pedido dos requerentes, na esteira de seu parecer colacionado às fls. 27/40, que esgotou com preciosismo as questões marginais e nucleares do presente feito, tornando despiciendas quaisquer delongas que frustrem a análise do ponto de maior pungência contido nesses autos – a luta pelo reconhecimento de direitos dos casais homoafetivos, notadamente, a homoparentalidade (1).

Findo este breve histórico da causa, principio meu julgamento.

Assentada uma sintética narrativa dos fatos que sedimentam este processo de indicação de paternidade, utilizado como ferramenta processual de abertura da jurisdição administrativa deste Juízo de Família e Registro Civil, e não havendo qualquer questão processual a solver, passo ao esquadrinhamento da questão nuclear do pedido.

O objetivo deste feito administrativo é a abertura do assentamento de nascimento da menor M.T.A.A., concebida através de uma reprodução assistida heteróloga, na condição de filha dos requerentes, ambos do sexo masculino.

Principiando minha convicção, começo por aclarar que o caso revelado pelos meandros destes autos, diz respeito à possibilidade da configuração da homoparentalidade mediante a chancela judicial, circunstância a particularizar e impingir relativo ineditismo ao caso em julgamento.

Pelas frestas dos presente autos, se percebe a busca de dois cidadãos à fruição de direitos basilares, constitucionalmente albergados, e, à devida tutela estatal à nova formatação de entidade familiar e, em especial, de seus consectários, in casu, o direito à homoparentalidade.

Nota-se que os requerentes, os quais mantém uma relação homoafetiva há mais de 15 (quinze) anos, buscam converter um vínculo precário, em que,

teoricamente, apenas um dos requerentes poderia ter a paternidade reconhecida com base na consanguinidade, para um vínculo institucionalizado, no qual os dois requerentes poderão ter a paternidade simultaneamente reconhecida, com alicerce na afetividade e na aplicação da mais moderna hermenêutica jurídica.

Em suma, o que se busca, à míngua de legislação específica, é dotar de caracteres jurídicos uma realidade fenomênica, que, saliente-se, não se restringe ao caso dos autos, pulverizando-se, dia a dia, na nossa teia social.

Daí surge a necessidade de um acurado procedimento hermenêutico, baseado numa interpretação pluralista e aberta dos ditames constitucionais e infraconstitucionais.

Numa sociedade democrática, na qual o pluralismo e a convivência harmônica dos contrários devem subsistir, não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam a interpretações polissêmicas e/ou excludentes dos direitos de minorias, como se dá no bojo das normas que restringem a legitimação estatal às relações puramente heteroafetivas.

A compreensão literal de tais dispositivos criará, com efeito, uma odiosa e confinante marginalização social de pares, que acabará por estrangular a democracia e, via oblíqua, o próprio Estado Pluralista de Direito.

Diante desse estado de coisas, o Poder Judiciário, no exercício de sua função de intérprete da lei, deve estar atento ao ruído (quicá estrondo) das marchas sociais; ciente que “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo e/ou integrá-lo na realidade social”, na dicção brilhante do constitucionalista alemão Peter Häberle(2).

Ao revés das incompreensíveis resistências sociais e institucionais, que se fundam em dogmatismos ultrapassados, me perfilo ao entendimento de que, qualquer dispositivo de lei que venha a constituir embaraço à plena fruição dos direitos fundamentais dos cidadãos, deva ser abolido do sistema jurídico vigente, por intermédio de um acurado procedimento hermenêutico, ou seja, através de uma interpretação pluralista e aberta dos dispositivos constitucionais que guardem correspondência com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

É justamente isso que fizeram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, proferida em 05 de maio de 2011, e que vem sendo apontada como indutora da catálise de entendimentos e avanços sobre a temática da homoafetividade em nosso país, tendo em vista sua natureza abrangente, justíssima e caudatária (dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante - art. 102, § 2º, CF/88).

Na dita decisão, prolatada na sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, os ministros daquela Corte, reconheceram, por unanimidade, a existência de mais um tipo de entidade familiar - a união de pessoas do mesmo sexo - e, via de consequência, reconheceram os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àqueles que optam pela relação homoafetiva.

Anote-se que a aludida decisão se reveste de um duplo efeito.

A um, para reconhecer a existência de mais um tipo de entidade familiar: o da união de pessoas do mesmo sexo.

A dois, e é esse o ponto de destaque, para estender os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àqueles que optam pela relação homoafetiva.

Antecipadamente, busco, de logo, rechaçar as críticas que possam advir desse posicionamento, oriundas daqueles que têm assacado o Judiciário sob o argumento de que este Poder tem extrapolado suas atribuições constitucionais, lembrando-lhes que toda a construção legal acerca da homoafetividade, hospedada no direito de família no Brasil, tem origem pretoriana.

Instados a decidir nos casos concretos, cabe a nós magistrados, darmos um tratamento arqueável as normas jurídicas, amoldando-as aos fatos sociais em que se afigura a omissão legislativa plena, como se dá em relação à homoafetividade.

A lei, na maioria dos casos, veio a posteriori, na tentativa, por vezes tardia e inócua, de adequar a norma no tempo ou integrá-la ao fenômeno social, por essência, ultra dinâmico.

Embora relegado à míngua legislativa, em razão das incompreensíveis resistências sociais e institucionais, fundadas em dogmatismos seculares, configura-se uma realidade que o Judiciário não pode ignorar.

Corroborando este entendimento, cumpre-me transcrever excerto do voto do Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão, no julgamento do REsp n 1183378/RS, publicado no DJe em 01/02/2012, que afastou a existência de qualquer normativo infraconstitucional suficiente a invalidar o casamento homoafetivo e discorreu sobre o papel do Judiciário na supressão das lacunas legislativas:

“Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo ‘democraticamente’ decretar a perda de direitos civis da minoria, pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.

Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.”

“Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é ‘democrático’ formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.”

No cenário dos autos, vê-se uma entidade familiar, na qual os requerentes se reconhecem como homossexuais e almejam exercer, conjuntamente, a função de pais de uma criança, fenômeno que vem sendo denominado pela doutrina moderna de homoparentalidade(1).

Acrescente-se ao quadro o fato de que, mediante planejamento conjunto, os parceiros optaram pelo acesso à homoparentalidade através do uso das novas tecnologias reprodutivas (inseminação artificial heteróloga) para formar uma família, sendo certo que a afetividade, desde o nascimento vem sendo exercida pelos dois, malgrado apenas um deles ser o pai biológico.

A pequena M.T.A.A., desta feita, do ponto de vista estritamente biológico, é filha de M.A.A., mas afetivamente, o é, igualmente, de W.A.A. – que compartilhou com seu marido todas as agruras e benesses, que envolveram o sonho mútuo deste casal em trazer ao mundo um rebento, suportando, inclusive, as responsabilidades materiais e emocionais advindas desse processo.

Volvendo-me às pesquisas e estudos oficiais sobre a homoparentalidade, que vêm sendo realizados ao redor do mundo há mais de 30 (trinta) anos, encampados por profissionais de múltiplas áreas do conhecimento, como a Psicologia, Antropologia, Psiquiatria, Pediatria, Serviço Social e do próprio Direito, temos que nenhum prejuízo à criança foi observado, sob o ponto de vista de sua saúde psíquica, estabilidade emocional, capacidade de adaptação ao meio, enfrentamento do estigma, desenvolvimento da identidade de gênero, orientação sexual, dentre outros aspectos.

As pesquisas demonstram, ainda, não haver diferenças significativas entre o desenvolvimento de crianças criadas por famílias heterossexuais, comparadas àquelas criadas por famílias homossexuais. Assim não poderia ser diferente, posto que não é o sexo dos pais/mães que irá configurar-se como fator de preponderância ao bom desenvolvimento da criança, mas a qualidade da relação que aqueles conseguem estabelecer com esta(3).

No que atine aos pais/mães homoafetivos, o resultado geral das pesquisas realizadas por diversos autores indicam a inexistência de diferenças em relação à habilidade para o cuidado dos filhos e à capacidade parental de pessoas heterossexuais e homossexuais. Vejamos excerto conclusivo de pesquisa realizada pela American Psychological Association (APA):

(...) não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às

crianças de pais heterossexuais. Realmente, as evidências sugerem que o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento “psicológico das crianças”. A maioria das crianças em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e “não demonstrou comportamentos egodestrutivos prejudiciais à comunidade”. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, autoestima, habilidade de liderança, egoconfiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais.” (WALD; REYNOLDS, 1992).

Refletindo no campo hipotético, sob o olhar daqueles que, de maneira radical, rechaçam a possibilidade da criação de menores por casais homoafetivos, alegando a eventual ocorrência de dano psíquico às crianças inseridas neste contexto familiar, tenho que, no meu sentir e valendo-me do senso comum, que tal prejuízo, revela-se, em verdade, àqueles submetidos a maus-tratos, abuso sexual, abandono ou alienação parental. O desejo de partilhar com uma criança o amor, o carinho e o cuidado, tem, ao revés, o condão de construir, de curar.

Valendo-me de uma interpretação aberta e pluralista dos dispositivos atinentes à matéria e da forma dedutiva de raciocínio, tenho como legítima entidade familiar a união dos requerentes, e, em via indissociável, legítimo o direito à parentalidade homoafetiva que perseguem.

Não proclamar tal pretensão corresponderia a uma usurpação principiológica da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF/88), e dos direitos fundamentais à igualdade (art. 5º, caput e I, CF/88), liberdade, intimidade (art. 5º, X, CF/88), proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88), ao direito de se ter filhos e planejá-los de maneira responsável (arts. 5º, caput e 226, parágrafo 7º, da CF c/c art. 2º da Lei nº 9.263/96) e, por fim, da própria matriz estruturante do Estado Republicano de Direito: a democracia.

Ainda, seria ato atentatório ao sistema constitucional posto, que confere ao Supremo Tribunal Federal a chancela de guardião da Carta Maior e ato de incongruência à recente decisão com efeito erga omnes e vinculante já vergastada

neste decisório (julgamento conjunto - ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) e repisada por este próprio Juízo de Direito em outros julgados que guardam similitude ao presente, como se deu na sentença prolatada nos autos do Pedido Administrativo de Conversão de União Estável em Casamento dos próprios requerentes:

“Com efeito, decorridos 23 (vinte e três) anos da promulgação do texto constitucional, me parece imperioso que se inclua na esteira das entidades familiares essa nova modalidade de configuração familiar, mantida por pessoas do mesmo sexo, haja vista, dentre outras razões já esposadas, que estas se fundam, igualmente, nos pilares da afetividade.

Porém, não me parece razoável, à luz da hermenêutica, das considerações históricas, ideológicas, econômicas, políticas e sociais do Estado Brasileiro, que aos homoafetivos seja resguardado, tão somente, o direito de ver reconhecidas suas uniões, que, aprioristicamente, são estáveis, nos requisitos e formas da lei.

Aqui, em prol de uma “falsa segurança jurídica”, estar-se-ia criando um problema tão danoso quanto ao anterior, pois mitigações seriíssimas aos direitos fundamentais dos homoafetivos (igualdade, liberdade, intimidade, não discriminação etc.) continuariam a ser perpetradas, confinando-os ao constante estado de ameaça de lesão, pelo próprio Estado Democrático de Direito, por mais contra-senso que o seja!

Isto porque, o próprio Estado já previu, no bojo de seu sistema, a facilitação da progressão do vínculo precário de afeto (uniões estáveis) ao vínculo institucionalizado (casamento), em prol da verdadeira e mais abrangente segurança jurídica dos nubentes, no atendimento aos seus direitos patrimoniais, previdenciários, sucessórios, de procriação, adoção, etc.

Ao ditar a facilitação, o Estado busca plasmar caracteres sociais, a fim de intensificar sua própria força normativa e garantir a fruição de direitos de diversos matizes aos seus cidadãos, seja qual for a forma que optem em desenvolver suas afetividades.

(...)

Desta forma, estaremos diante da positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, cuja tutela vem sendo negligenciada aos homoafetivos pela esteira das décadas.”

Ademais, o que se descortina pelas entrelinhas pulsantes desses autos, salta aos olhos e entenece o coração.

É vívido e clarividente o laço afetivo que envolve os requerentes e a menor, que sujeitos as mais brutais formas de opressão e limitações de diversos matizes, não sucumbiram ao sonho de se sagrarem pais.

Unidos pelo amor que inflamou suas vidas, romperam grilhões, paradigmas e as próprias limitações de seus corpos, que por serem humanamente limitados, não puderam abrigar os desejos da alma, que urgia por gerar sua extensão nesse mundo na figura humana de um filho.

Pela junção do amor pluralista com a ciência, projetaram e conceberam uma filha, a qual almejam tão somente plasmar com seus nomes, a fim de que possam nutri-la ao longo da vida com o cuidado paternal - que todo bem agrega e todo mal afasta.

Buscam e demonstram meios suficientes para criar essa criança no abrigo do amor, dotando-lhe de virtudes e da índole dos retos, para que possa, então, alcançar a liberdade, a autodeterminação e a felicidade em sua, ora tão embrionária, vida.

Negar guarida a essa constelação familiar, formada por pais homoafetivos e uma filha concebida pela fertilização em proveta, é relegá-los a um sofrimento indigno, socialmente imposto, com reflexos avassaladores às suas condições humanas e existenciais.

Tenho que incoerente seria ao Estado-Juiz legitimar, no plano jurídico, o exercício da conjugalidade homoafetiva e não reconhecer, por outro lado, o exercício da parentalidade. Revelar-se-ia discriminatório garantir o desempenho de ambos papéis, conjugal e parental, às famílias compostas de casais heteroafetivos em detrimento daquelas compostas por casais homoafetivos.

A presente decisão tem por escopo cancelar, juridicamente, o que no mundo dos fatos é irreversível, o exercício da coparentalidade homoafetiva, escolha já realizada pelos requerentes.

O pleno exercício da parentalidade, revelado pelo cuidar, prover, educar não guarda relação com a identidade sexual, é inerente ao próprio ser humano.

Até mesmo a antiga concepção que ao pai era reservado tão somente o prover e à mãe o cuidado dos filhos, hodiernamente, se apresenta ultrapassada. Inúmeros são os exemplos de pais que fazem da prática do cuidar um objetivo de vida.

Em um mundo onde incontáveis pequenos seres humanos são privados do despertar de sentimentos nobres, como o amor, o afeto, agraciados são aqueles aos quais é permitida uma convivência saudável, verdadeira, edificante, experimentada no cotidiano em família.

Por mais que as forças estéreis da resistência tentem turbar a tendência da teia social moderna, que, compassadamente, comporta novas formatações de relacionamentos interpessoais, tais iniciativas acabam relegadas ao insucesso.

Nem a força dos tribunais positivistas, nem o fundamentalismo irracional, nem as legiões de reacionários e seus brados falsamente moralistas, conseguem obstar essa nova e espantosa ordem das coisas.

Sob essa ótica e para o reforço das ideias, rogo vênia a ilustre representante do Ministério Público, Dr. Adalberto Mendes Pinto Vieira, para incorporar a este pronunciamento os seguintes excertos do seu parecer: “Cabe, inicialmente, uma reflexão deste órgão ministerial, ciente de que esta decisão extrapola os limites internos da pretendida indicação de paternidade, enquanto entendimento jurídico e de prestação ministerial no sentido de, através, de uma atitude positiva, colaborar na construção de uma sociedade baseada no respeito à pessoa humana e nos princípios fundamentais desta República.”

(...)

“Estamos diante de um fenômeno jurídico no assentamento do registro e na certidão de nascimento da criança, que se constitui na dupla maternidade ou paternidade, posto que na filiação irá constar apenas o nome do casal constituído pelo par homoafetivo.

A situação apresentada faz-nos refletir sobre a necessidade de que a realidade fática seja acolhida, contemplada e disciplinada pelo universo do direito. Contrário sensu de que serviria o direito senão para disciplinar as relações humanas, estabelecendo regras de convivência e regulando direitos e deveres?”

(...)

“Tudo isto para que possamos afastar falsas premissas do nosso raciocínio, com a finalidade de ater-nos a questão fundamental da presente demanda: que se cinge a uma família, protegida pelo Estado, na busca da sua completude com a constituição de prole, envolvendo a filiação de uma criança para dois pais, com registro pelo pai biológico e seu marido. Arremato a questão para incluir que o método científico escolhido foi o da fertilização in vitro (FIV) e procedimento de injeção intracitoplasmática do Espermatozoide denominada I. C. S. I. , com transferência para o útero de substituição, com procedimento regulado pela Resolução CFM nº 1.957/2010, e seu Anexo Único.

O casal homoafetivo escolheu dar a vida a seus filhos, através desse método conceutivo avançado do útero substituto, com técnica autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, constando o nome do pai biológico M. A. A. na Declaração de Nascido Vivo nº ... (fls. 09).

O casal, valendo-se da autonomia de sua vontade (art. 5º, caput, da CF), uma vez que tinha em comum o sonho de ter filhos, ante a impossibilidade biológica de gestar, entregou a missão a uma parenta, A. L. D. S. O sêmen do primeiro requerente, M. A. S. A., fertilizou óvulos de doadora anônima, originando embriões, que um pouco desenvolvidos, foram transferidos para o útero de A. L. D. S., que por sua vez levou a gestação a um termo feliz, resultando no nascimento de M. T.

Estes são os contornos singulares e especiais da demanda apresentada: o fruto da junção biológica dos espermatozoides de M. A. A., com os óvulos de uma

doadora anônima, cuja identidade não será conhecida, gestados no útero substituto de A. L. D. S., e que W. A. A., cônjuge daquele, busca assumir conjuntamente a paternidade.

Não se trata de fato de uma 'MÃE', mas sim, de uma DOADORA anônima e de uma pessoa que ofereceu seu útero em substituição, constituindo estas duas situações o aspecto singular ao caso. A dupla paternidade, fruto do afeto do par homoafetivo, o aspecto especial. O amor que gera, impulsiona a vida e concretiza os sonhos, é único e exclusivo do par formado por M. e W.

Foi estabelecida uma situação de fato e sem retorno. O casal valeu-se de método avançado da medicina, que possibilitou o nascimento de M. T.”

Chegou o tempo em que se faz necessário por dúvidas em nossas antigas certezas. Há que se resignificar a realidade social. Traçar novos paradigmas. Finalizando e sob o aspecto formal, observo que o pedido veio instruído com todos os documentos indispensáveis ao seu acolhimento, quais sejam, Declaração de Nascido Vivo nº 30-56830128-7; Certidão de Casamento; Termo de Consentimento, por instrumento particular e público; Declaração do Centro de Reprodução Humana, pelo que se atesta a regularidade formal do pleito.

Traçado esse panorama, e no cotejo do acervo fático-probatório, verifico a inexistência de qualquer irregularidade formal e/ou fatos obstativos à pretensão que ora se persegue.

Conforme fortemente repisado no presente corpo sentencial, a aludida pretensão encontra fundamentação no Preâmbulo Constitucional; nos Princípios da República (art. 1º, II e III); nos Direitos e Garantias Fundamentais, quais sejam, a igualdade (art. 5º, caput, I), liberdade, intimidade (art. 5º, X) e proibição da discriminação (art. 3º, IV); no artigo 226, §§ 1º, 3º, 4º, 5º e 6º, todos, da Constituição da República; na Decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, acolhida como ADI e, por fim, na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, destinada a promover a igualdade dos seres humanos, sem distinção de perfil sexual, em 17/06/2011, da qual o Brasil é signatário.

À vista do exposto e a livre manifestação das partes e os requisitos exigidos pelos arts. 29, I, e 50 a 66, da Lei nº 6.015/73, nos termos do Decreto nº 7.231/2010, e no Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco, Provimento nº 20, de 20/11/2009 (DJE 30/11/2009), determino a abertura e lavratura do assentamento do registro de nascimento de M. T. A. A., nascida em 29.01.2012, às 00h44m, do sexo feminino, no Hospital Esperança Ltda, natural do Recife, Estado de Pernambuco, filha de M. A. A. e de W. A. A., tendo como avós paternos, por um lado, M. P. D. S. e T. A. D. S., e, por outro, de S. R. D. A. e M. J. S. D. A., respectivamente.

Observe-se o segredo de justiça quanto aos documentos da presente habilitação.

Intimem-se os requerentes e dê-se ciência ao Ministério Público. Registre-se.

Após as expedições necessárias, ao arquivo.

Recife, 28 de fevereiro de 2012

CLICÉRIO BEZERRA E SILVA

- Juiz de Direito –

¹Neologismo criado em 1997 pela associação de pais e futuros pais gays e lésbicas (ppgl), em Paris, para nomear a situação na qual pelo menos um adulto que se autodesigna homossexual é (ou pretende ser) pai ou mãe de, no mínimo, uma criança, a partir da soma do radical “homo” com a palavra de origem anglófona “parentalidade” – parenthood (Simone Perelson, rev. estud. fem. vol.14 no.3 Florianópolis sept./dec. 2006)

² *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 10

3

http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_trabalho_tese/o_direito_%e0_homoparentalidade_cartilha_sobre_as_fam%edlias_constitu%eddadas_por_pais_homossexuais.pdf